

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

THÈSE DE DOCTORAT

LA JURISPRUDENCE
DANS LE
DROIT ISLAMIQUE

PRÉSENTÉE LE 21 JUIN 1941

PAR

M. MAROUF DAOUALIBI

محمد بن مروان بن عبد الله بن يوسف

DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE DES SCIENCES ISLAMIQUES D'ALEP (SYRIE)

DIPLOMÉ EN DROIT ROMAIN DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

PRÉSIDENT DU JURY :

PIERRE NOAILLES

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

SUFFRAGANTS :

MM. RENÉ MAUNIER

RAYMOND MONIER

PARIS

LIBRAIRIE ORIENTALE ET AMÉRICAINE

G.-P. MAISONNEUVE

196, BOULEVARD SAINT-GERMAIN

1941

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

THÈSE DE DOCTORAT

LA JURISPRUDENCE
DANS LE
DROIT ISLAMIQUE

PRÉSENTÉE PAR

M. MAROUF DAOUALIBI

محمد بن مروان بن عبد الله بن يحيى

DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE DES SCIENCES ISLAMIQUES D'ALEP (SYRIE)

DIPLOMÉ EN DROIT ROMAIN DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

PRÉSIDENT DU JURY :

PIERRE NOAILLES

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

SUFFRAGANTS :

MM. RENÉ MAUNIER

RAYMOND MONIER

PARIS

LIBRAIRIE ORIENTALE ET AMÉRICAINE

G.-P. MAISONNEUVE

196, BOULEVARD SAINT-GERMAIN

1941

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

§ 1. *Choix du sujet.* — § 2. *Le sens de la jurisprudence dans la présente thèse.* — § 3. *Le plan.*

§ 1. — CHOIX DU SUJET

Dès que j'eus entrepris mes études de droit et d'histoire du droit, je fus frappé par des citations du Droit islamique, dispersées dans des manuels universitaires et dans d'autres livres, qui dénotent une connaissance superficielle ou même inexacte de ce Droit.

Ces citations offrent aussi bien pour les étudiants que pour les amateurs de Droit de multiples inconvénients :

a) Il est grave de présenter sous un faux jour un droit répandu dans un monde de quatre cents millions d'hommes,

b) Ces citations erronées placent le Droit islâmique parmi les Droits les plus primitifs.

J'ai reconnu alors la nécessité de traiter un sujet qui touche le fond du Droit islâmique en général, qui met particulièrement en lumière l'esprit jurisprudentiel des docteurs de l'Islâm et qui présente une idée de leurs principes et de leurs règles scientifiques servant :

— parfois à interpréter la loi,

— parfois à développer le droit.

Cette thèse intitulée :

« LA JURISPRUDENCE DANS LE DROIT ISLAMIQUE »

comblera une lacune importante dans l'histoire générale du droit. Elle montrera le génie original des Docteurs de l'Islâm qui ont excellé dans l'étude du Droit et en ont fait une étude vraiment philosophique.

Ayant pour but l'utilité sociale fondée sur l'égalité et la bonne foi, le Droit islâmique est en effet chez ces Docteurs, en tant que science, œuvre de logique et de raisonnement inductif.

« On a prétendu, dit KHAN BAHADOUR, que cette science (le droit) n'était qu'un recueil de traditions et d'exemples de ceux qui nous avaient précédés et que nous n'avions qu'à les suivre sans discussion. Ce serait réduire la science à une sorte d'histoire et ne pas lui reconnaître un objet ayant une existence indépendante » (1).

§ 2. — LE SENS DE LA JURISPRUDENCE
DANS LA PRÉSENTE THÈSE

A. *Diversité du sens de la jurisprudence.* — B. *Le sens approximatif par rapport à cette thèse.* — C. *Le sens précis.* — D. *La caractéristique de « Ijtihâd ».*

A. — *Diversité du sens de la jurisprudence*

La « **Jurisprudence** » a plusieurs sens. Il convient de préciser celui développé dans la présente thèse.

Dans un premier sens, à peu près disparu aujourd'hui, c'est la science du Droit (2).

Dans un deuxième sens, c'est l'ensemble des décisions de justice (3), l'ensemble des décisions des tribunaux sur une matière (4), une suite de jugements uniformes sur

(1) KHAN BAHADOUR, *Houçoul et Mâmoul*, p. 6, 35, 36. — Cf. SANTILLANA, *Code civil et commercial tunisien (avant-projet)*, p. V.

(2) H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, art. Jurisprudence.

(3) H. CAPITANT, *idem*.

(4) TOLLIERE et BOULET, *Dictionnaire des termes de Droit et de pratique*, art. Jurisprudence.

un point contentieux : ainsi, un recueil de jurisprudence est une collection de jugements ou d'arrêts (1).

Dans un troisième sens, c'est l'habitude de juger de telle ou telle manière une question (2), c'est la solution constante qu'un tribunal donne à une question controversée. Dans ce sens, chaque ordre de juridiction a sa jurisprudence : on dira, par exemple, après avoir indiqué la solution de la difficulté, « telle est la jurisprudence de la Cour de cassation ; telle est la jurisprudence des cours d'appel, ou même telle est la jurisprudence de la cour de Bordeaux » (3).

Dans un quatrième sens, c'est l'interprétation de la loi (4).

B. — *Le sens approximatif par rapport à cette thèse*

La « **Jurisprudence** » dans la présente Thèse ne peut être prise, ni dans le sens de la science du Droit, ni dans le sens d'une collection de jugements ou d'arrêts ; mais elle peut être prise, à la fois, dans les troisième et quatrième sens, c'est-à-dire : l'habitude de juger de telle ou telle manière une question, et l'interprétation de la loi.

C. — *Le sens précis*

Toutefois, il est à remarquer que l'expression « *Jurisprudence* » est ici pour traduire le mot arabe « *Ijtihād* ».

Dans son sens propre, l'*Ijtihād* est l'effort accompli au moyen du raisonnement inductif, par un docteur de l'Islâm, pour fournir des solutions aux nouvelles questions (5) qui ne sont mentionnées, ni dans le *Coran*, ni

(1) *La Grande Encyclopédie des Sciences, des Lettres et des Arts*, art. Jurisprudence.

(2) TOLLIER et BOULET, *idem*.

(3) *La Grande Encyclopédie*, *idem*.

(4) H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*.

(5) AL-BOUKHARI, *Kachful-Assrâr*, Commentaire de Bazdawi, éd. Istamboul, 1308 Hégir, t. IV, p. 14.

dans la *Sannah* (traditions et jugements du Prophète), les deux sources fondamentales du Droit islâmique.

D. — *La caractéristique de l' « Ijtihâd »*

Dans une première période, celle des Compagnons du Prophète, l'*Ijtihâd* (recommandé par l'Islâm pour compléter les deux premières sources) n'était soumis qu'à l'appréciation libre inspirée par l'Esprit de l'Islâm, conformément à ses préceptes et à ses principes d'égalité, de bonne foi et d'utilité sociale.

Dans une deuxième période, celle des Docteurs de l'Islâm, l'*Ijtihâd* fut soumis à des règles servant à interpréter les lois de l'Islâm et à développer son Droit.

Ces règles constituent, dans l'ensemble, une science intitulée : « **La science des Sources du Droit** », tout à fait indépendante de la « **Science du Droit** » proprement dite.

Nous trouvons ainsi dans l'*Ijtihâd*, à côté de la **Science du Droit**, une autre science indispensable pour un docteur d'esprit jurisprudentiel afin qu'il puisse :

- Interpréter la loi;
- Développer le droit : en apportant des solutions aux nouvelles questions, en révisant quelques dispositions coutumières suivant les changements d'époque et de pays, et enfin en adaptant la loi aux besoins de la société humaine dans son évolution continue.

La **Jurisprudence** (*Ijtihâd*), ainsi conçue dans le Droit islâmique, présente un caractère tout à fait nouveau dans l'histoire de la jurisprudence du Droit.

§ 3. — LE PLAN

Nous devons étudier dans cette thèse le développement du Droit islâmique dans ses traits jurisprudentiels. Mais nous devons aussi décrire brièvement l'esprit de

l'Islâm qui constitue, pour un docteur islâmique, le point fondamental dans sa jurisprudence et ses raisonnements.

Il est indispensable, pour compléter l'œuvre, d'étudier les rapports du Droit et de la jurisprudence islâmique avec les autres Droits anciens.

Pour répondre à ce programme, nous étudierons :

CHAPITRE I. — **L'Esprit de l'Islâm** : importance de ce chapitre, époque de l'apparition de l'Islâm, le sens du mot *Islâm*, l'Islâm dans ses traits essentiels, le domaine de l'Islâm, les buts du droit dans l'Islâm, les sources du Droit dans l'Islâm.

CHAPITRE II. — **La Jurisprudence de la première période (celle des ~~Docteurs de l'Islâm : Al Mujtahidîne~~)** ^x économiques de l'Arabie avant l'Islâm, la jurisprudence pendant la mission du Prophète (610-632), la jurisprudence après sa mort (632-700).

CHAPITRE III. — **La Jurisprudence de la deuxième période (celle des docteurs de l'Islâm : Al Mujtahidîne)** : la Civilisation arabe en plein progrès, le Mouvement scientifique jurisprudentiel et les écoles principales, la Littérature juridique des Ecoles, la Science des sources du Droit islâmique, la doctrine après la Science des sources du Droit, l'apogée et le déclin, les caractéristiques générales du mouvement jurisprudentiel.

CONCLUSION GÉNÉRALE.

^x *Compagnons du Prophète*) : les conditions

CHAPITRE PREMIER

L'ESPRIT DE L'ISLAM

§ 1. *Importance de ce chapitre.* — § 2. *Epoque de l'apparition de l'Islam.* — § 3. *Le sens du mot Islâm.* — § 4. *L'Islâm dans ses traits essentiels.* — § 5. *Le domaine de l'Islâm.* — § 6. *Les buts du Droit dans l'Islâm.* — § 7. *Les sources du Droit dans l'Islâm.*

§ 1. — IMPORTANCE DE CE CHAPITRE

En Europe, « d'après une opinion fort répandue, dit SANTILLANA, il serait chimérique d'essayer une conciliation entre notre droit et les doctrines de l'Islâm. En serré dans le cadre rigide du dogme, le système musulman serait, dit-on, irréductible à nos formules, hostile à nos idées, absolument incapable de transformation et de progrès par sa nature propre, qui est d'être une loi religieuse » (1).

Cette compréhension inexacte du Droit islâmique n'est que le résultat d'une autre compréhension également inexacte de l'Islâm lui-même qui n'est souvent connu en Europe qu'à travers les ouvrages du moyen âge où retentit la voix de Pierre l'Ermite suscitant une guerre religieuse (les croisades) durant deux siècles.

« Quand la guerre fut ouverte, dit Emile Dermen-

(1) Cf. *Code civil et commercial tunisien* (Avant-projet), Tunis, 1899, p. II.

ghem (1), pendant des siècles entre l'Islâm et la Chrétienté, les incompréhensions naturellement s'exaspérèrent et l'on doit avouer que les plus grandes semblent avoir été d'abord du côté des Occidentaux... Les écrivains et les trouvères ne combattirent les Sarrasins que par des calomnies absurdes... Les haines et les préjugés ont la vie tenace. Depuis Rudolph de Ludhein (620) jusqu'à nos jours, Nicolas de Cuse, Vivès, Maracci, Hottinger, Bibliander, Prideaux, etc.. présentèrent Mahomet comme un imposteur, l'Islâm comme l'œuvre du diable et le Coran comme un tissu d'absurdités... Ces barrières artificielles, il ne tient qu'à nous de les détruire. La lumière suffit à dissiper les fantômes ».

Il est donc indispensable, pour traiter un sujet qui touche le fond du Droit islâmique, d'exposer brièvement l'Islâm lui-même, aussi bien pour obtenir une idée générale aidant à dissiper dans l'ensemble ces erreurs, que pour dégager l'esprit de l'Islâm servant de base aux jurisconsultes musulmans dans leurs raisonnements inductifs.

§ 2. — EPOQUE DE L'APPARITION DE L'ISLAM

A) *Dans l'Arabie.* — B) *Aux alentours de l'Arabie.*

A. — *Dans l'Arabie*

I. — Jusqu'au VII^e siècle, l'Arabie était dominée par le paganisme. La lutte sans pitié de l'Islâm contre le paganisme et la destruction de toutes ses idoles a fait passer sous silence son histoire au premier siècle de l'Islâm (2). Cependant on peut préciser quelques particularités.

La plupart des Arabes croyaient à l'existence de Dieu, le Créateur; mais ils adoraient et associaient

(1) *La vie de Mahomet*, 1929, Paris, p. 135, 136, 137.

(2) Cf. HAYKAL, *La vie de Mahomet*, Le Caire, 1354 Hégir, p. 82.

comme intermédiaires d'autres divinités (1) : les idoles (2) ou les astres tels que la lune, le soleil constituant une religion sidérale (3).

« Tous ces cultes particuliers variaient beaucoup d'une tribu à l'autre, chacune avait ses astres protecteurs et ses idoles » (4). Ces tribus faisaient à leurs divinités des cérémonies solennelles et leur offraient des sacrifices en implorant leurs grâces et leur secours (5). Parfois Al-Mounzir (m. 554), roi de Hira, allié de la Perse contre les Romains, sacrifiait les prisonniers chrétiens à la planète Vénus (6).

Le Panthéon arabe à La Mecque contenait 360 idoles ; parmi elles, la plupart des tribus arabes avaient des idoles particulières (7). Ces idoles étaient en bois, en pierre ou en métal (8).

L'attachement des Arabes à leurs idoles était si grand que plusieurs parmi eux ne se contentaient pas des grandes idoles du Panthéon, mais adoraient d'autres petites idoles dans leurs maisons, ils les emportaient en voyage, il leur adressaient des prières en partant ou en rentrant et les consultaient pour leurs affaires (9).

Cette multiplicité ou plutôt cette diversité au sujet de leurs idoles explique mieux les rapports entre tribus. Elles n'ont pas voulu s'accorder même sur une seule idole. Le régime des razzias et du pillage, faute d'alliance et de protection, existait entre elles d'une façon continue, de même que régnait la loi du plus fort. Il était licite d'acquérir des chameaux et des biens par le brigandage ; l'assassinat et le guet-apens étaient fré-

(1) Cf. Coran, S. ZUMUR, v. 3.

(2) Cf. D^r HAĞAN İBRAHİM, *L'Histoire politique de l'Islâm*, Le Caire, 1935, p. 84.

(3) *Idem*, p. 85 ; *L'Encyclopédie des Sciences religieuses*, Paris, 1877, t. I, art. Arabie, p. 494.

(4) *Idem*, *Encyclopédie*.

(5) *Idem*, H. İBRAHİM, p. 85.

(6) *Idem*, H. İBRAHİM.

(7) Cf. MONTET, *Le Coran*, Paris, 1929, p. 19.

(8) Cf. HAYKAL, *La vie de Mahomet*, p. 82.

(9) *Idem*, HAYKAL, p. 82, 83.

quents (1). Elles se battaient pour des motifs insignifiants et elles cherchaient l'occasion de se battre. Mais les nécessités de la vie les obligeaient à observer une trêve sacrée annuelle « qui suspendaient toute razzia et toute hostilité » (2) durant quatre mois, pendant lesquels elles faisaient le pèlerinage aux idoles du Panthéon de La Mecque, puis elles s'occupaient du commerce et assistaient aux grands marchés de l'Arabie, « qui sont le nœud des relations entre l'Inde, la Perse, la Babylonie, l'Éthiopie et la Syrie-Palestine » (3).

II. — Le christianisme occupait en Arabie une certaine place au Nord (aux confins du Hedjaz et de la Syrie) et au sud-ouest, au Yémen, en face de l'Éthiopie chrétienne. Mais l'Arabie n'a jamais connu le vrai christianisme qui devait remédier à sa misère.

Le christianisme était la proie de plusieurs hérésies. En l'absence d'une autorité supérieure, les sectes divergentes avaient trouvé des occasions de mener une lutte impitoyable entre elles, au lieu de lutter contre le paganisme et de faire goûter aux païens les vertus de la véritable foi chrétienne. « L'Arabie était, dit un Père du ^v^e siècle, le rendez-vous des hérésies. Il n'était pas facile de s'y reconnaître entre les Sabelliens, les Docètes, qui niaient la nature humaine du Christ (son corps n'était qu'un fantôme), les Ariens qui niaient sa divinité, les Eutychéens, les Jacobites et les Monophysites qui niaient sa double nature, les Nestoriens qui lui donnaient deux personnes, les Mariamites et les Collyriens qui adoraient Marie, les antidicomariamites qui niaient sa virginité perpétuelle, les judéo-chrétiens Nazaréens et Ebionites, les antijuifs Marcionites, les Gnostiques, les Valentiniens, les Basilidiens, les Carpocratens, les Rakusiens, etc. Un proverbe abyssin déclare que les chrétiens ne s'entendent guère que sur un point :

(1) Cf. DERMENGHEM, *La vie de Mahomet*, Paris, 1929, p. 115; *idem*, MONTET, p. 18; *Encyclopédie des S. R.*, Paris, 1877, t. I, art. Arabie, p. 495.

(2) Cf. Henri MASSÉ, *L'Islâm*, Paris, 1930, p. 20.

(3) *Id.*, MASSÉ, p. 21.

la naissance du Christ. Loin d'être en Arabie alors une école de discipline et de charité, le christianisme y était divisé en sectes ennemies les unes des autres, et absorbées par des discussions stériles » (1).

Ainsi l'histoire du christianisme dans l'Arabie se confond avec celle des hérésies. « Les Empereurs chrétiens qui voyaient dans le christianisme une arme contre les Persans, cherchèrent à le répandre en Arabie. Vers 350, Constance y envoie un missionnaire, Ananes Théophilus; mais le christianisme, au lieu de se développer décru avec la puissance romaine en Orient, et ne laissa derrière lui que des hérésies » (2).

III. — Le judaïsme occupait également une place au nord de l'Arabie jusqu'au centre à Médine, et au Yémen à côté de la communauté chrétienne. Mais il y était une source de troubles, de luttes et d'intrigues qui provoquèrent l'intervention armée des trois puissances de l'époque : l'Ethiopie, l'Empire romain et la Perse.

Sous le règne de Constance, Théophilus Indus entreprit un voyage missionnaire dans l'Yémen, y fit de nombreuses conversions et fonda trois églises (3).

Pour lutter contre les chrétiens, les Juifs firent tous leurs efforts auprès des rois Himyarites, païens de l'Yémen, afin de gagner leur affection contre le christianisme et ils réussirent au début du VI^e siècle. « Les progrès (du christianisme) furent arrêtés par la persécution dirigée par un prince himyarite, Dzou-Nawas, excité par les Juifs dont il avait embrassé la religion » (4). En 534 (5), vingt mille chrétiens furent brûlés sur l'ordre de Dzou-Nawas, « dans une immense fosse transformée en fournaise » (6).

(1) Emile DERMENGHEM, *La vie de Mahomet*, Paris, 1929, p. 132.

(2) *Encyclopédie des Sciences religieuses*, Paris, 1877, art. Arabie, p. 500.

(3) *Encyclopédie des Sciences religieuses*, Paris, 1877, t. I, art. Arabie, p. 500.

(4) *Idem*.

(5) IBRAHIM HAÇAN, *L'Histoire politique de l'Islâm*, Le Caire, 1935, t. I, p. 44.

(6) DERMENGHEM, *La vie de Mahomet*, Paris, 1929, p. 21.

« L'empereur de Byzance, Justinien I^{er}, ne pouvant aller si loin venger lui-même la religion, avait incité le Négus d'Abyssinie à envahir le Yémen. Les noirs chrétiens d'Afrique avaient traversé le détroit, détruit les restes de l'empire himyarite, jadis très prospère et civilisé. Le Négus avait donné à son représentant l'ordre de tuer un tiers des habitants mâles, d'amener captives en Ethiopie un tiers des femmes et de ruiner un tiers du territoire yéménite » (1).

« Les progrès du christianisme armé provoquèrent de la part des Juifs et des Arabes, principalement des Koréischites, établis aux environs de La Mecque, une résistance puis une réaction violente... L'armée chrétienne fut écrasée dans les défilés qui entourent La Mecque...; et les Persans, appelés par les Himyarites, s'emparèrent de tout le sud de l'Arabie » (2).

Quant au nord de l'Arabie, peuplé en partie par de nombreuses petites colonies juives jusqu'à Médine, le sort des Arabes n'y était pas meilleur que celui de ceux du Sud. « Croyant que les Juifs avaient torturé et crucifié Jésus, les chrétiens de la Syrie romaine firent une incursion contre les Juifs de Médine et allèrent demander le secours des Arabes de cette ville » (3).

La lutte entre les Juifs et les Arabes fut alors ouverte et c'est ainsi que le judaïsme devint une source de troubles et de malheurs. Les Juifs ne purent repousser les coups des Arabes que par les intrigues qu'ils créèrent entre les tribus et même entre les citadins de Médine, provoquant sans cesse des hostilités jusqu'à l'arrivée de Mahomet.

En résumé, ce mélange confus de croyances religieuses et de rites, ces hostilités entre tribus se disputant l'hégémonie, causaient en Arabie un malaise général, pour lequel, dit Montet avec juste raison : « Lorsque Mahomet parut, la société arabe était donc, au point de vue religieux et moral, dans un état d'abaissement qui

(1) *Idem*, p. 21-22.

(2) *Encyclopédie*, *idem*, p. 500-501.

(3) HAYKAL, *La vie de Mahomet*, Le Caire, 1354 Hégir, p. 195.

appelait de toute nécessité la venue d'un Grand Réformateur » (1).

B. — *Aux alentours de l'Arabie*

Cette position d'anarchie et de luttes en Arabie, soit dans les croyances, soit dans les rapports sociaux, n'était que l'écho de celle qui se trouvait aux alentours dans les deux principales puissances mondiales à cette époque : la Perse et l'empire romain.

D'abord, c'est la guerre continue entre la Perse de religion mage d'une part, et l'empire romain de religion chrétienne d'autre part.

Et enfin, dans l'empire romain lui-même, « les querelles dogmatiques du christianisme oriental étaient, dit Dermenghem (2), un scandale. Après avoir été persécutés par les païens, les chrétiens se persécutèrent entre eux pour des chinoiseries. Ils se tuaient, s'emprisonnaient ou s'exilaient mutuellement pour le mot « omoousios » ou le sens du mot « physis », nature, que l'école nestorienne d'Antioche ne comprenait pas comme l'école monophysite d'Alexandrie... Les savants faisaient des dissertations théologiques et le peuple croupissait dans les superstitions... Tous les coins de la ville, dit un Père de l'Eglise, sont pleins de disputes : marchés, tables de vendeurs d'habits, des changeurs et des marchands de comestibles. Tu veux changer une pièce d'or? On se met à philosopher sur ce qui est engendré et sur ce qui ne l'est pas. Tu t'informes du prix du pain? On te répond : le Père est plus grand et le Fils lui est subordonné. Tu demandes si ton bain est chaud? Le garçon te dit : le Fils est créé du non-être... »

« On peut dire que, dans les premiers temps, chaque secte avait son évangile. Le nombre de ces évangiles

(1) MONTET, *Le Coran*, Paris, 1929, p. 20.

(2) *Idem*, Emile DERMENGHEM, p. 133.

(apocryphes), s'il était scrupuleusement dressé, dépasserait la soixantaine » (1).

Voulant remédier à cet état de querelles dogmatiques et de discussions philosophiques, Justinien ferma, en 529, la plupart des écoles de philosophie, confisqua les biens des philosophes, enchaîna leur esprit et lia leur langue (2).

Et c'est ainsi que l'Arabie, libre de l'autorité romaine, finit par être, surtout pendant les v^e et vi^e siècles, le refuge de plusieurs de ces sectes persécutées. En conséquence, elle eut à subir l'influence de toutes ces luttes byzantines, qui contribuèrent à multiplier ses hérésies et à augmenter sa misère.

§ 3. — LE SENS DU MOT « ISLAM »

A) *Le sens littéral.* — B) *Le sens propre.*

A. — *Le sens littéral*

Je viens d'exposer l'état de l'Arabie avant l'arrivée de l'Islâm, état d'hostilité continuelle dans les croyances et dans les rapports entre tribus, qui nous aide maintenant à bien comprendre le sens et la portée du mot : « *Islâm* ».

Le mot « *Islâm* » dérive de la racine arabe « *aslama* », qui signifie littéralement : se soumettre à la paix (3), d'où le sens propre du mot « *Islâm* ».

(1) *Idem*, *Encyclopédie des Sciences religieuses*, art. Apocryphes.

(2) AHMED AMYN, *Duhal-Islâm*, Le Caire, 1933, t. I, p. 259.

(3) Lissan-ul-Arab, art. *Aslama* : « *aslama* signifie entrer dans la paix et c'est la soumission ».

B. — *Le sens propre*

L'*Islâm* est, dans son sens propre, la soumission à Dieu unique « *Allâh* » et à ses ordres, dans le but de sortir de cet état d'hostilité.

Dans un verset (1), le Coran dit : « Pour chaque peuple nous avons fixé des devoirs religieux pour qu'ils répètent le nom d'*Allâh* (Dieu)...; votre Dieu est toujours le même Dieu unique; donc soumettez-vous (*aslîmou*) (2) à lui ».

Un deuxième verset dit (3) : Celui qui s'attache fortement à *Allâh* est, par là-même, guidé dans une voie droite... O croyants! restez soumis (*mousslimoun* : musulman) (4) aux ordres d'*Allâh* jusqu'à votre mort : attachez-vous fortement ensemble à l'alliance d'*Allâh* et ne vous divisez pas en sectes. Mais souvenez-vous de la Grâce d'*Allâh* à votre égard lorsque vous étiez ennemis, et qu'il a réunis vos cœurs, et que vous êtes devenus ensuite, par sa Grâce, des frères. Vous étiez au bord de l'abîme du feu, mais il vous en a arrachés... Faites de vous des gens qui font appel au bien, qui ordonnent ce qui est admis par le bon sens et qui défendent ce qui est odieux... Et ne soyez pas comme ceux qui sont séparés en sectes et sont entrés en discussion les uns contre les autres ».

Dans un troisième verset (5), le Coran dit : « O Croyants! entrez tous dans la paix (*silîm*) (6) et ne suivez pas les traces de Satan ».

(1) Coran, Sourat du Pèlerinage, verset 34; cf. E. MONTET, *Le Coran*, Paris, 1929, *idem* Sourat, verset 35.

(2) « *Aslîmou* » est l'impératif pluriel du verbe « *aslama* », d'où le mot « *Islâm* ».

(3) Coran, S. de la famille d'Imrân, versets 101, 102, 103, 104, 105; cf. E. MONTET, *Coran*, *idem* Sourat, v. 96, 97, 98, 99, 100, 101.

(4) Dérivé du verbe « *aslama* ».

(5) Le Coran, S. Al-bacara, v. 207; cf. MONTET, S. Génisse, v. 204.

(6) Mot dérivé de la racine « *aslama* ». E. MONTET dit que c'est « un mot pris de toute évidence dans le sens de vraie religion, d'*Islâm* ».

§ 4. — L'ISLAM DANS SES TRAITS ESSENTIELS

L'Islâm est, dans son ensemble, une révolution et une réforme, de fond en comble, de la société aussi bien dans les croyances que dans les rapports sociaux.

Cette révolution et cette réforme se précisent dans les traits suivants :

- a) Obéir à Dieu et son Prophète Mahomet, lorsqu'ils vous appellent à ce qui vous donne la vie;
- b) Faire appel au bien;
- c) Ordonner ce qui est admis par le bon sens;
- d) Défendre ce qui est odieux;
- e) Employer la raison et réfléchir mûrement.

Les textes coraniques et prophétiques dont on tire ces traits essentiels sont abondants.

a) Dans un verset, le Coran dit : « O Croyants ! Obéissez à Dieu et à son Prophète Mahomet, lorsqu'il vous appelle à ce qui vous revivifie » (1).

b), c), d) Plus haut (2), nous avons cité l'ordre du Coran : « Faites de vous des gens qui font appel au bien, qui ordonnent ce qui est admis par le bon sens, et qui défendent ce qui est odieux ».

e) Enfin le Coran souligne que c'est à l'intelligence et au bon sens qu'il fait appel dans cette révolution et cette réforme. Dieu s'adressant à Mahomet lui ordonne : « Dis-leur, c'est là ma voix ; j'en appelle à Allâh par le moyen d'une démonstration évidente, moi (Mahomet) et quiconque me suit. Louange à Allâh, je ne suis pas du nombre des polythéistes. » (3).

C'est dans la croyance que le Coran se montre le plus énergique. S'adressant aux idolâtres, le Coran dit : « O mon peuple ! Adorez Allâh, il n'y a plus pour vous d'autre Dieu que Lui ; en prétendant qu'il y en a un autre, vous ne faites qu'inventer un mensonge. O mon

(1) Coran, Sourat Anfâl, v. 24 ; cf. MONTET, S. Butin, v. 24.

(2) Voir page 18.

(3) Coran, S. Youssef, v. 108 ; cf. MONTET, S. Joseph, v. 108.

peuple! je ne vous demande pas un salaire en retour. Mon salaire vient uniquement de Celui qui m'a créé. Ne raisonnez-vous pas? » (1). « Comment pouvez-vous adorer, à côté d'Allâh, ce qui ne peut ni vous être utile, ni vous nuire! F'i donc! à vous et à ces quelques choses que vous adorez à côté d'Allah! N'avez-vous donc point de sens? (2) Votre Dieu est le Dieu unique, il n'y a pas d'autre Dieu que lui; ceux qui raisonnent en trouvent les preuves (dans la création) » (3).

§ 5. — LE DOMAINE DE L'ISLAM

SECTION I. — *Domaine de la religion et celui de l'Islâm en général.*

— SECTION II. — *L'Islâm dans le domaine des rapports entre l'homme et la puissance surhumaine.* — SECTION III. — *L'Islâm dans le domaine des rapports des hommes entre eux.*

SECTION I

Domaine de la religion et celui de l'Islâm en général

Les textes que nous avons cités plus haut sur l'Islâm, nous ont permis de prévoir un domaine plus large qu'un domaine réservé à une religion dans le sens strict du mot.

On a proposé sur la religion des définitions multiples. « Une des plus acceptables est celle qui a été fournie

(1) Coran, S. Hoûd, versets 50, 51; cf. MONTET, *idem* Sourate, verset 52-53.

(2) Coran. S. des Prophètes, versets 66, 67; cf. MONTET, *idem* Sourate, verset 67.

(3) « Dans la création » résume ici plusieurs phénomènes que le Coran a cités.

par Goblet d'Alviella : par religion, j'entends la façon dont l'homme réalise ses rapports avec les puissances surnaturelles et mystérieuses dont il croit dépendre » (1).

« Une sorte de définition négative est offerte par James Darmesteter : La religion embrasse tout le savoir et tout le pouvoir non scientifique » (2).

Or l'Islâm, quoiqu'étant une religion, dépasse dans ses traits essentiels les limites dans lesquelles est strictement encadrée une religion. Il dépasse le domaine des rapports entre l'homme et la puissance surnaturelle et mystérieuse pour gagner, avec la même importance, le domaine des rapports des hommes entre eux ; il s'adresse toujours à l'intelligence : « Les ignorants ne seront jamais les égaux des instruits, il n'y a que ceux qui sont doués d'intelligence qui s'en rendent compte » (3).

Aussi, pour échapper à une erreur capitale, il faut éviter de comprendre l'Islâm à travers le domaine religieux, ce qui serait le point de départ de toutes aberrations que D. SANTILLANA a justement remarquées et qu'il a essayé de dissiper (4).

(1) *La Grande Encyclopédie des Sciences, des Lettres et des Arts*, art. Religien.

(2) *Idem*.

(3) Coran, S. Zumur, v. 9.

(4) Cf. SANTILLANA, *Code civil et commercial tunisien* (Avant-projet), 1889, Tunis, avant-propos, p. II : « D'après une opinion fort répandue, il serait chimérique d'essayer une conciliation entre notre droit et les doctrines de l'Islâm. Enserré dans le cadre rigide du dogme, le système musulman serait, dit-on, irréductible à nos formules, hostiles à nos idées, absolument incapable de transformation et de progrès par sa nature propre, qui est d'être une loi religieuse ». Ensuite SANTILLANA a essayé de dissiper cette mauvaise compréhension, mais par une idée insoutenable.

SECTION II

L'Islâm dans le domaine des rapports entre l'homme et la puissance surhumaine

L'Islâm se manifeste ici dans une croyance et quatre devoirs religieux qui constituent les « cinq piliers de l'Islâm » :

Premier pilier. — C'est la croyance en un Dieu Unique. Pas de divination de personne : Mahomet n'est qu'un homme adorateur de Dieu, chargé d'appeler les hommes à suivre la voie droite.

Tous les hommes sont égaux auprès de Dieu. Pas d'intermédiaire entre l'homme et Dieu, autre que ses actions qui seront jugées. Mahomet dit à sa fille : « Ton père ne peut t'être utile auprès de Dieu ».

Du deuxième au cinquième pilier. — Il faut manifester la soumission à Dieu par quatre devoirs :

1° Les cinq prières journalières avec des ablutions préalables sur la figure, la bouche, le nez, les oreilles et les pieds (1) ;

2° L'aumône annuelle, qui varie du quart du dixième jusqu'au dixième des biens du commerce et des récoltes de chacun ;

3° Le jeûne durant toutes les journées d'un mois par an ;

4° Le pèlerinage à La Mecque au moins une fois dans la vie, pendant une période fixe de l'année pour manifester solennellement la soumission à Dieu et pour assister à un congrès d'intérêt commun (2).

(1) L'Islâm, dans ses ordres, s'intéresse minutieusement à la propreté. Le Prophète a dit : « La religion est propreté ».

(2) Coran, S. El-Haj, v. 27-28; cf. MONTET, *S. Pèlerinage*, v. 28-29.

SECTION III

L'Islâm dans le domaine des rapports des hommes entre eux

A) *En droit privé.* — B) *En droit public.*

« On ne transforme la vie religieuse d'un peuple, a dit MONTET (Recteur de l'Université de Genève), qu'à la condition de construire un nouvel édifice de la foi. C'est parce que Mahomet possédait à un très haut degré ce génie d'organisation sociale et religieuse, qu'il a pu, en même temps qu'il réclamait sa réforme religieuse, poser le principe de la loi » (1). Et c'est ainsi que l'Islâm a gagné le domaine des rapports des hommes entre eux soit en droit privé, soit en droit public.

A. — *En droit privé*

La réforme apportée par l'Islâm en droit privé se manifeste dans toutes ses branches.

1° Dans le **Droit de famille**, l'Islâm a aboli complètement le droit coutumier. Un progrès, dont la portée a été infinie, « à tel point, dit MONTET, que Mahomet peut être compté au nombre des plus grands bienfaiteurs de l'humanité. La seule réforme de l'interdiction absolue du meurtre des filles à leur naissance aurait suffi pour assurer à Mahomet un nom inoubliable dans l'histoire de son temps » (2).

I. — Ainsi l'Islâm a mis la femme au même rang que l'homme en ce qui concerne son droit à la vie. Il lui a également accordé la même capacité civile qu'à l'homme.

II. — Il a établi un régime de succession tout à fait

(1) MONTET, *Coran*, Paris, 1929, p. 32.

(2) *Idem*, page 34.

nouveau, basé sur la parenté la plus proche (1) du défunt et sur les charges financières (2) prévues pour l'héritier. Il a chargé l'homme des dépenses de sa femme et de ses enfants. Par conséquent, une fille, qui ne sera chargée ni par ses dépenses, ni par celles de ses enfants, ni par celles de son mari, recevra dans la succession de ses parents une demi-part par rapport à celle de son frère.

III. — Quant au mariage, l'Islâm l'a considéré comme un acte civil et solennel, basé essentiellement sur le consentement mutuel des deux époux (3).

IV. — Enfin, l'Islâm a aboli absolument la parenté fictive par adoption d'enfant étranger à la famille, réservant ainsi les droits de parenté uniquement à la filiation par le sang.

2°. I. — Dans les **Contrats** et les **Obligations** :

— La base du contrat est le consentement et non pas la forme employée,

— L'obligation n'est valable que si elle est justifiée par une contre-partie,

— Tous les hommes sont égaux devant la loi.

« O Croyants! dit le Coran, ne dévorez pas vos biens entre vous sans droit, à moins qu'il ne s'agisse d'un marché par consentement mutuel » (4). « O Croyants! Exécutez fidèlement vos contrats » (5). « O Croyants! soyez fermes dans la justice, et des témoins corrects et impartiaux, bien que cela puisse être contre vous, ou vos parents, ou vos proches, et qu'il s'agisse de riche ou de pauvre... Ne suivez pas vos passions de manière à agir partialement » (6). « O Mahomet! adresse-leur un appel, et sois strictement ferme et correct, conformément à l'ordre que tu as reçu, et ne suis pas leurs caprices.

(1) Cf. IBN-AL-JAWZIÉ, *A'lâm-ul-Mawakki-in*, Le Caire, éd. Kurdi, tome II, p. 74.

(2) *Idem*, page 280.

(3) Coran, S. Bacara, v. 231.

(4) Coran, S. Nissa, verset 28.

(5) Coran, S. Maïda, verset 1.

(6) Coran, S. Nissa, verset 134.

Dis-leur : Je crois au Livre qu'Allâh m'a révélé dans lequel j'ai reçu l'ordre de juger avec équité entre vous » (1).

Ce sont là les deux principes fondamentaux de tous les droits modernes : « L'égalité et la bonne foi » (2).

II. — L'usage admis (le droit coutumier) ne prend place dans les contrats et les obligations que sous trois conditions :

- a) Si la coutume est compatible avec les commandements formels de l'Islâm (3) ;
- b) Si elle est conciliable avec les principes de son droit ;
- c) Si elle est jugée suffisante pour déterminer les droits et empêcher les contestations.

C'est ainsi que le Prophète annula plusieurs sortes d'obligations, défendit plusieurs coutumes et interdit plusieurs sortes de contrats.

Il annula :

- Toute obligation issue de l'usure et des jeux de hasard ;
- Tout contrat concernant les choses interdites par l'Islâm tels que la vente du vin et de l'alcool.

De même, à Médine où le Prophète s'était réfugié, les jardiniers avaient la coutume de montrer aux marchands les fruits avant qu'ils ne soient bien formés sur les arbres et de les vendre ainsi. Ceux-ci ne pouvaient en estimer ni la quantité, ni le bon état. Au moment de la cueillette, il arrivait des surprises, quand les fruits avaient reçu un coup de froid ou de maladie. Ces discussions obligèrent le Prophète à interdire la vente des fruits avant qu'il soit possible de se rendre compte de la quantité et du bon état (4), parce que cela faisait naître des obligations sans droit, ou conduisait à des contestations.

(1) Coraân, S. Choura, verset 15.

(2) La bonne foi signifie ici : loyauté et respect de la parole donnée sans formalités.

(3) La boisson étant interdite par l'Islâm, tout contrat la concernant n'est plus valable.

(4) SAHIB-UL-BOUKHARI, *Livre des ventes*.

3°. I. — Enfin, dans le **Droit criminel**, ce sont des principes en général :

- Toutes infractions doivent être punies (1) ;
- La punition du coupable permet à la société de vivre tranquille (2).

L'autorité se réserve le droit de réprimer le mal et de déterminer la peine applicable à chaque infraction (3). Dans la détermination de la peine, on doit tenir compte de deux éléments :

- La réalisation du salut public (4) ;
- La correction et l'amendement du criminel (5).

Il faut que la peine soit utile pour le premier et efficace pour le dernier.

II. — Cependant, et seulement dans les attentats contre la personne, on a gardé, en plus, pour la victime un droit privé : la peine du talion, quand elle est possible et à condition d'être exercée par l'intermédiaire du pouvoir judiciaire. La victime est toujours invitée à abandonner son droit privé. Mais l'autorité garde son droit public au nom de l'utilité sociale.

III. — Enfin, le Coran a déterminé expressément la peine de quatre crimes dont l'application est imposée sans que le juge ait aucun droit d'appréciation personnelle hors des dispositions prescrites. Ce sont les crimes que le Coran a jugé les plus dangereux pour le salut public et les mœurs de la société :

- Les groupements terroristes (6) ;
- Les voleurs (7) ;
- Les adultères (8) ;

(1) Coran, S. Bacara, verset 193.

(2) Coran, *idem*, verset 178.

(3) Cf. IBN-ABDYN, *Raddul-Muhtâr*, Le Caire, 1272 Hégir, éd. Boulak, t. III, § Correction (ta'zir), page 179.

(4) Coran, S. Bacara, verset 178.

(5) *Idem* IBN-ABDYN.

(6) Coran, S. Maida, verset 36.

(7) Coran, *idem*, verset 41.

(8) Coran, S. Nour, verset 2.

— Ceux qui portent de fausses accusations contre les femmes honnêtes (1).

B. — *En droit public*

On y trouve tous les principes d'un Etat moderne, en droit constitutionnel, en droit administratif, en droit international.

1° Pour le **Droit constitutionnel** dans son double objet de « constitution politique et sociale » (2), l'Islâm a établi la liberté et l'égalité politique et sociale.

I. — C'est ainsi que l'Etat islâmique, comme il est ordonné, doit être basé sur la volonté du peuple. Le Coran déclare formellement que les Musulmans doivent régler leurs affaires dans un conseil formé par eux (3). Le Prophète affirme que « les Musulmans sont égaux au point de vue de leur sang; l'humble a droit au même rang que le privilégié » (4).

II. — De même pour la vie sociale, l'Islâm est plus strict pour la liberté et l'égalité. Le deuxième Khalife (chef d'Etat) Omar, fit de sévères reproches à son délégué le gouverneur de l'Egypte, lorsque le fils de celui-ci fouetta un chrétien copte au moment d'un concours à l'hippodrome en lui disant : « Il ne faut pas devancer le fils des nobles ». Le Khalife se fit présenter le gouverneur et son fils et ordonna au copte : « Fouette le fils des nobles ». Lorsque le copte eut fouetté son adversaire, le Khalife lui ordonna de fouetter même le père, le gouverneur, « dont l'autorité, dit-il, encouragea le fils à te fouetter ». Puis Omar, s'adressant avec indignation à son délégué, le gouverneur, lui dit : « Depuis quand avez-vous asservi les gens, alors que leur mère les

(1) *Idem*, verset 4.

(2) Maurice HAURIOU, *Précis élémentaire du droit constitutionnel*, Paris, 1933, page 1.

(3) Coran, S. Choura (Conseil), verset 38.

(4) Traditions du Prophète.

avait mis au monde libres! Je ne vous ai pas envoyé pour fouetter les gens et les humilier, mais seulement pour leur enseigner l'Islâm » (1). Ensuite Omar fit un discours en public, disant : « O Gens! je ne vous ai nommé ni pour être des seigneurs, ni pour être des vaniteux, mais afin que vous donniez le bon exemple. O Gens! je vous prends à témoin contre les gouverneurs des provinces : je ne les ai envoyés que pour vous enseigner la religion, établir la justice entre vous et vous faire obtenir vos droits » (2).

2° Pour le **Droit administratif**, l'Islâm a reconnu les deux principes suivants :

— « L'autorité doit s'exercer pour le bien des sujets » (3) ;

— « Chaque administrateur est responsable de ce qu'il administre » (4).

Ces deux principes avaient déjà porté leurs fruits au début du VII^e siècle : époque de l'apparition de l'Islâm. Ils ont fait naître plusieurs applications dans le domaine des services publics (dont les théories sont attribuées à tort à la Renaissance moderne à partir du XVI^e siècle).

Citons quelques exemples :

I. — L'expropriation des forêts nécessaires à l'utilité publique.

Le Prophète a fait entrer dans le domaine public plusieurs forêts se trouvant dans les régions de Taïf et Médine (5), dans la crainte qu'elles ne soient détruites si elles restaient propriété privée (6).

C'est là le principe de la théorie moderne imposant que les forêts nécessaires à l'utilité publique doivent

(1) IBN-UL-JAWZÎÉ, *Histoire de Omar Ibn-Il-Khattâb*.

(2) ABOU-YOUSSEF, *Al-Akharâj*, Le Caire, 1934, p. 118.

(3) MEJALLAH, Préface, *Les principes du droit islâmique*, art. 58.

(4) Traditions du Prophète.

(5) IBN SALLAM, *Al-Anwal (Les Finances)*, Le Caire, éd. Hijâsi, t. II, p. 190-194; ABI-YOUSSEF, *Al-Kharaj (Les impôts)*, Le Caire, 1934, p. 104.

(6) IBN SALLAM, *id.*; ABI-YOUSSEF.

être la propriété de l'Etat et non celle des individus (1).

II. — Protection du gibier dans son lieu de naissance.

Le Prophète a défendu de chasser le gibier dans son lieu de naissance, les forêts de Médine et de Taïf (2). Afin de protéger la reproduction du gibier, le Prophète a permis de ne chasser que le gibier voyageant hors des limites fixées.

III. — L'institution du « cordon sanitaire » contre les maladies contagieuses.

Le Prophète a ordonné d'instituer le « cordon sanitaire » autour d'une localité attaquée par l'épidémie : « Si vous êtes, dit-il, dans une localité où sévit une épidémie, il est défendu d'en sortir; si vous êtes hors de cette localité, il est interdit d'y entrer » (3).

Cet ordre a été appliqué par le Compagnon du Prophète, le deuxième Khalife Omar. Omar était parti pour la Syrie afin d'inspecter l'administration de son délégué, le gouverneur Mu-Awia. Lorsqu'il fut arrivé près de Damas, après vingt jours de voyage, il trouva la ville atteinte par l'épidémie; Omar, suivant l'ordre du Prophète, n'entra pas à Damas et retourna à Médine.

Ainsi, la Renaissance moderne s'est attribué à tort, au xvi^e siècle, l'innovation du cordon sanitaire en prenant, comme point de départ, l'interdiction du gouvernement grec de laisser débarquer des passagers venant de la Syrie où régnait une épidémie (4). Tandis que, en fait, c'est le Prophète Mahomet qui prit cette initiative au vii^e siècle et que ses successeurs appliquèrent lors d'une autre épidémie à Damas.

IV. — L'institution d'hospices sur les routes des grands voyages.

Pour subvenir aux besoins des voyageurs qui manqueraient de vivres en cours de route, Omar a institué

(1) FARÈS EL-KHOURI, *Science des Finances*, Damas, 1924, p. 133-136; CHAKIR AL-HAMBALI, *Droit administratif*, Damas.

(2) IBN-SALLAM et ABOU YOUSSEF, *idem*.

(3) Traditions du Prophète; cf. RAFIK BEY EL-AZME, *Ashar Ma-châhir El-Islâm*, Le Caire, chap. *Histoire d'Omar Ibn El-Khattâb*.

(4) CHAKIR AL-HANBALI, *Droit administratif*, Damas.

sur les grands itinéraires de voyage de nombreux hospices munis de tout ce qu'il faut pour leur permettre de continuer leur route (1).

V. — **L'institution des impôts réguliers réservés aux besoins des pauvres et aux affranchissements des esclaves.**

Terminons par cette institution dans laquelle l'Etat islâmique a établi les bases d'une solidarité sociale sans attaquer la liberté des individus, ni dans leur activité, ni dans leur propriété. Le Coran a formulé le principe en disant que les pauvres et les indigents ont un droit fixe dans vos biens (2). Dans un autre verset (3), le Coran a précisé les catégories pour lesquelles il a institué ce droit :

- Les pauvres et les indigents, pour subvenir à leurs besoins ;
- Les esclaves, pour les racheter et les affranchir ;
- Les débiteurs honnêtes qui n'ont aucune ressource, pour acquitter leurs dettes.

Ainsi, dans cette institution, l'Islâm a imposé les biens de ses sujets par un droit régulier pour manifester la solidarité de la nation, subvenir le cas échéant aux besoins des pauvres et des indigents, et améliorer leur position.

Dans les finances publiques, une caisse particulière a été créée pour ce service.

De cette manière, l'Islâm a prévu et résolu un problème fondamental dans le domaine de l'économie politique.

3°. I. — Pour le **Droit international** qui « suppose à sa base une certaine égalité des races humaines » (4) et

(1) IBRAHIM HAQAN, *L'histoire politique de l'Islâm*, Le Caire, 1935, t. I, p. 329.

(2) Cf. Le Coran, S. Zâriât, verset 19; S. Maârij, verset 24.

(3) Cf. Coran, S. Tawba, verset 61.

(4) Louis LE FUR, *Précis de droit international public*, Paris, 1939, page 6.

qui a pour objet « les multiples relations de paix ou de guerre » (1), l'Islâm maintient formellement comme principes :

- L'égalité,
- La justice.

Dans un verset (2), le Coran déclare : « O Gens ! Nous (Dieu) vous avons créés d'un même homme et d'une même femme, et Nous avons fait de vous des races, des tribus afin que vous puissiez vous connaître aimablement les uns les autres. Le plus honoré parmi vous auprès d'Allâh est celui qui observe mieux ses ordres ».

Dans d'autres versets (3), le Coran dit : « Allâh ne vous défend pas, à l'égard de ceux qui n'ont pas combattu contre vous pour cause de religion et qui ne vous ont pas chassés de votre pays, de les aimer, de les combler de prévenances et de leur rendre justice, car Allâh aime ceux qui agissent avec justice. Mais il vous défend seulement de prendre pour amis ceux qui vous ont combattus pour cause de religion, qui vous ont chassés de votre pays ou qui ont aidé à votre expulsion ».

Ainsi, d'après ces deux principes fondamentaux, le Droit international s'est développé dans l'Islâm dans les multiples relations de paix et de guerre.

II. — En cas de paix, « l'Islâm a établi les relations (entre l'Etat islâmique et les autres Etats) sur les règles de la justice et du respect des droits des individus, en contractant avec eux et en garantissant leur liberté » (4).

Le Prophète a conclu plusieurs traités de non-agres-

(1) M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1933, p. 1.

(2) Coran, S. Hujourât, verset 13.

(3) Coran, S. Mumtahinah, versets 8 et 9.

(4) ABDUL-WAHAB-KHALLAF, *La Politique loyale* (El-Siyassat ul-Char'iyé), Le Caire, 1350 Hégir, page 91.

sion (1) et de trêve (2), tantôt avec les Arabes païens, tantôt avec les chrétiens du nord de la Syrie, tantôt avec les Juifs. Le Coran a ordonné formellement la fidélité à ces traités : « Soyez fidèles quand vous vous engagez mutuellement, ne violez pas le pacte après qu'il ait été réalisé et n'en faites pas une cause d'abus s'il s'agit d'une nation moins forte que la vôtre » (3).

a) Le traité de Hudaybia

Le Prophète a exécuté strictement son traité avec les Koraychites païens, malgré l'émotion provoquée, au milieu des Musulmans, par un incident. Ce traité contenait dans un de ses articles « que Mahomet doit renvoyer tout Koraychite qui, après s'être converti, se réfugie dans l'Islâm sans permission de ses parents ». Aussitôt que le pacte fut réalisé, un jeune homme converti, s'étant échappé de la torture de ses parents, vint se réfugier auprès de Mahomet. Son père « Souhayl » était le chef de la délégation plénipotentiaire qui avait négocié et signé pour les Koraychites. Alors le père souffleta son fils et l'attira avec violence ; le jeune homme cria à haute voix : « O Gens de l'Islâm ! comment me renvoyez-vous aux idolâtres qui me châtieront à cause de ma religion ». Les Musulmans furent indignés et voulurent le défendre. Mais Mahomet, s'adressant au jeune homme, lui dit : « Nous avons conclu avec eux un pacte de paix et nous ne les trahisons pas, prends patience ».

(1) Voir le traité de paix avec Jean (Youhanna) Ibn Rou'ba, chef de la région chrétienne : Ayla (aujourd'hui Akaba), sur les confins de la Syrie au Sud ; cf. HAYKAL, *La vie de Mahomet*, Le Caire, 1304 Hégir, page 444.

(2) Voir le traité de « Hudaybia » ; cf. *idem* HAYKAL, p. 352-367.

(3) Coran, S. Nahl, versets 91, 92.

b) Le traité de Samarkand (1)

Citons un autre exemple unique dans l'histoire du **Droit international**.

Le général de l'armée omayyade avait conclu au début du VIII^e siècle un traité de paix avec les citoyens de la ville de Samarkand. Ce traité défendait formellement aux Musulmans de résider dans la ville avec les Samarkandiens. Plus tard, le général Koutaybah-Ibn-Muslim autorisa les Musulmans à habiter la ville contrairement au traité.

A l'époque du Khalife Omar Ibn Abdil Aziz (717-720), les Samarkandiens protestèrent contre cette action. Le Khalife, s'inspirant des principes du Droit international de l'Islâm, ordonna qu'un juge fût nommé particulièrement pour examiner cette action. Le juge Al-Bâji prononça une sentence condamnant les Musulmans à évacuer la ville, considérant cette action comme une violation du traité (2).

Et c'est ainsi que le Droit international dans l'Islâm s'est développé de façon à condamner la loi de la force et à soumettre la violation d'un traité au jugement d'un tribunal, résultant que le Droit international d'aujourd'hui s'efforce d'atteindre afin d'éviter un conflit armé.

III. — En cas de guerre, l'Islâm a maintenu comme principes :

- La guerre doit être justifiée;
- Les devoirs d'humanité à l'égard de l'ennemi doivent être observés;
- Les non-belligérants doivent être mis à l'écart des maux de la guerre.

Le Coran dit formellement : « Combattez ceux qui

(1) Ville au sud de la Russie, près de l'Afghanistan.

(2) BALAZIRY, *Futouh-Ul-Bouldân*, Le Caire, 1901, p. 428.

vous attaquent, mais ne commettez pas d'agression » (1) ; le Prophète ordonne de prévenir l'ennemi ; il interdit de tuer les hommes qui s'abstiennent de participer à la guerre, ceux qui ne peuvent pas lutter (les femmes, les vieillards, les malades, les enfants), de même que les prêtres qui ne s'occupent que de leur ministère, ceux qui soignent les blessés et les malades (2).

En somme, chaque fois qu'il y a une formation de guerre, le Prophète ordonne : « Combattez, mais ne volez pas ; ne soyez pas perfides ; ne mutiliez pas ; ne tuez pas les enfants » (3).

Il est utile de citer le discours historique d'Abou Bakr, premier successeur de Mahomet, adressé à l'armée que le Prophète avait formée à destination de la Syrie pour répondre aux préparatifs qui étaient faits par les Romains et dirigés contre l'Islâm. Abou Bakr se rendit lui-même au camp, mit l'armée en marche et adressa aux soldats ce discours historique, instructions militaires qui pourraient servir de modèle aux chefs d'armées des temps modernes : « Arrêtez-vous un instant, dit-il, et écoutez les recommandations que j'ai à vous faire : combattez bravement et loyalement ; n'usez pas de perfidie envers vos ennemis ; ne mutiliez pas les vaincus ; ne tuez ni les malades, ni les enfants, ni les femmes ; ne détruisez pas les palmiers ; ne brûlez pas les moissons ; ne coupez pas les arbres fruitiers ; n'égorgez pas le bétail, à l'exception de ce qu'il faut pour votre nourriture. Vous trouverez sur votre route des hommes (moines) vivant dans la solitude et la méditation, voués à l'adoration du Seigneur, ne leur faites point de mal » (4).

(1) Coran, S. Bacara, verset 189.

(2) Cf. ABDUL-WAHAB KHALLAF, *La Politique loyale*, Le Caire, 1350 Hégir, p. 94, 90 ; Cf. HAYKAL, *La vie de Mahomet*, 1354 Hégir, p. 392.

(3) *Idem*, KHALLAF, page 86.

(4) ARMANAZI NAJIB, *L'Islam et le Droit international*, Thèse de Doctorat, Paris, 1929, page 76.

§ 6. — LES BUTS DU DROIT DANS L'ISLAM

Maintenant que voici connu l'Islâm dans son sens, dans ses traits essentiels et dans son domaine, il est utile de préciser brièvement les buts de son Droit.

Al-Châtiby, dans son ouvrage sur les principes du Droit islâmique (*ouçoul-ul-Chari-a*), précise que tous les Docteurs de l'Islâm sont unanimes à reconnaître que les buts du Droit islâmique se formulent par les affirmations suivantes :

a) « Une étude approfondie de toutes les dispositions du Droit islâmique (*El-Chari-a*) prouve qu'il consiste à défendre les intérêts des hommes » (1);

b) « Le droit islâmique consiste à défendre les cinq nécessités indispensables : la religion, la vie, la postérité, les biens et la raison; tous les Docteurs reconnaissent celles-ci d'une manière indiscutable » (2);

c) « La défense de ces nécessités pressantes est indispensable pour maintenir la vie en bon état; leur inobservation conduit à la corruption, au désordre, à la destruction de la vie » (3);

d) « La défense de ces nécessités consiste à établir tout ce qui est indispensable pour le maintien de leurs éléments essentiels et à réprimer tout ce qui conduit à leur perturbation » (4).

(1) AL-CHATIBY, *El-Muwâfacât fi Ouçoul-il-Chari-a*, Le Caire, éd. Rahmanié, t. II, p. 6; cf. IBN-EL-JAWZÎÉ, *A'lâm-ul-muwakki-in*, Le Caire, éd. Kurdi, t. III, p. 27.

(2) AL-CHATIBY, *idem*, t. I, p. 38 et t. II, p. 8 à 10.

(3) *Idem*, t. II, p. 8; cf. EL GHAZALI, *El-Mustasfa*, Le Caire, 1322 Hégir, t. I, p. 226, éd. Boulâk.

(4) AL-CHATIBY, *Idem*, t. II, page 8.

§ 7. — LES SOURCES DU DROIT ISLAMIQUE

Il y a quatre sources principales du Droit islâmique :

- 1° Le Coran (la bible de l'Islâm) ;
- 2° La Sunnah (traditions et jugements du Prophète) ;
- 3° L'Ijmâ' (le consensus, l'opinion unanime) ;
- 4° L'Ijtihâd (le raisonnement inductif).

SECTION I. — *Le Coran*

- A) *La définition du Coran.* — B) *Son contenu.* — C) *Sa manière de s'exprimer.* — D) *Les caractéristiques de ses dispositions.* — E) *Les sources du Droit reconnues par le Coran.*
-

A. — *La définition du Coran*

Le Coran est le Livre sacré de l'Islâm, la révélation que Mahomet a reçue d'Allâh (Dieu) à différentes époques, au cours des vingt-trois dernières années de sa vie, en présence des événements. C'est pour cela qu'il est aussi nommé : Le Livre de Dieu.

Le mot **Coran** (*cor'ân* = lu) dérive de la racine arabe « *Cara'a* », qui signifie lire. Il constitue pour chaque Musulman le seul texte à lire dans les cinq prières de la journée afin qu'il se rappelle ses prescriptions.

B. — *Son contenu*

Le Coran contient le développement de quatre points essentiels :

- 1° Le dogme ;
- 2° Les devoirs religieux ;
- 3° L'éducation générale ;
- 4° Le Droit avec toutes ses branches.

Tout ces points sont traités en 114 chapitres (*Sou-rats*), d'après les événements et les circonstances.

C. — *Sa manière de s'exprimer*

En raison de son but qui est la réforme totale d'une société, le Coran ne s'exprime pas forcément comme une œuvre technique et limitée. Il ne s'agit pas d'un sujet à développer systématiquement dans chaque chapitre; il s'agit toujours d'une réforme sociale de fond en comble et des principes respectifs à établir et à développer. Par conséquent, il est inutile de chercher entre les versets de chaque chapitre des liens appropriés à un seul sujet limité de dogme, de devoirs religieux, d'éducation générale, ou de Droit. Mais c'est, uniquement au point de vue d'un ou plusieurs principes dressés brièvement au début de chaque chapitre et sous une idée de réforme totale, qu'il faut chercher les rapports entre les versets. Quand le Coran, dans un chapitre, établit quelques principes et en attaque d'autres, il les développe avec tout ce qui les concerne de dogme, de devoirs religieux, d'éducation générale ou de Droit (1).

L'inobservation de cette manière particulière de s'exprimer a laissé plusieurs Arabisants croire qu'il n'y a pas de liens entre les versets de chaque chapitre.

D. — *Les caractéristiques de ses dispositions*

Etant la source radicale du Droit islâmique, les dispositions du Coran sont dans l'ensemble des généralités, des principes (2) que l'on doit observer dans la justice, dans le développement du Droit, et dont le détail est réalisé par les traditions du Prophète, tantôt comme une précision, tantôt comme un modèle d'application (3).

Nous avons déjà donné plus haut (voir le Domaine de

(1) Cf. AL-CHATIBY, *idem*, t. III, p. 412, 420.

(2) *Idem*, p. 366.

(3) *Idem*, t. IV, p. 12-47.

l'Islâm, p. 20-34) un aperçu de ces généralités dans chaque branche du Droit.

E. — *Les sources du Droit reconnues par le Coran*

Tout d'abord ce sont les dispositions du Coran lui-même.

Ensuite c'est tout ce qui nous vient du Prophète : la *Sunnah* (y compris l'*Ijmâ'* = l'opinion unanime, et l'*Ijtihâd* = le raisonnement inductif, reconnus par le Prophète comme étant la 3^e et 4^e source).

Enfin c'est l'usage reçu par le bon sens, d'après les trois conditions dont nous avons parlé plus haut (page 25-II). Et c'est ainsi que l'Islâm ne considère qu'avec réserve le droit coutumier comme critère de la légalité.

SECTION II. — *La Sunnah*

Le mot « *Sunnah* » dérive de la racine arabe « *sanna* », qui signifie « légiférer, instituer ». On appelle la « *Sunnah* » tout ce que l'on attribue d'actes et de paroles au Prophète, dont les dispositions ont l'autorité d'une loi (1). Les Musulmans sont obligés par le Coran de se conformer à toutes les instructions provenant du Prophète (2).

C'est ainsi que la « *Sunnah* » constitue la deuxième source du Droit islâmique.

(1) Coran, S. Nahl, verset 44.

(2) Coran, S. Hashr, verset 7.

SECTION III. — *L'Ijma'*

I. — « *L'Ijmâ* » signifie littéralement « l'unanimité », le « consensus ». Dans son sens propre, « *l'Ijmâ'* » est l'unanimité obtenue sur une question par les jurisconsultes d'une époque quelconque » (1).

II. — En présence de nouvelles questions, le Coran et la Sunnah reconnurent, faute de textes, cette unanimité comme une troisième source du Droit islâmique (2). Le Droit islâmique, ayant pour but le bien de la communauté, accorde aux solutions obtenues par cette unanimité la même autorité que le Coran et la Sunnah. Le Prophète déclare : « Dieu regarde comme étant le bien ce que les Musulmans ont jugé comme étant le bien » (3).

III. — Pour l'obtention de l'unanimité sur une question juridique quelconque, quatre voies sont désignées :

- 1° L'opinion unanime (4) ;
- 2° L'usage unanime (5) ;
- 3° L'opinion d'une partie des jurisconsultes accompagnée par le silence des autres ayant pris connaissance de cette opinion (6) ;
- 4° L'usage d'une partie des jurisconsultes sans être désapprouvé par les autres ayant pris connaissance de cet usage (7).

IV. — « On aura sans doute remarqué, dit Goldziher, que ce principe (*l'Ijmâ'*) contient, en germe, la faculté pour l'Islâm de se mouvoir librement et d'évoluer ; il offre un correctif opportun à la tyrannie de la lettre morte et de l'autorité personnelle » (8).

(1) MUÇALLAMUL-SUBUT, Le Caire, 1324 Hégir, t. II, p. 211.

(2) Cf. AL-GHAZALI, *Almustasfa*, Le Caire, 1322 Hégir, t. I, p. 174-175.

(3) *Idem*, MUÇALLAMUL-SUBUT (Commentaire), p. 215.

(4) AL-BOUKHARI, *Commentaire de Bazdawi*, t. III, p. 226-228.

(5) *Idem*.

(6) *Idem*, p. 228.

(7) *Idem*, AL-BOUKHARI, p. 228.

(8) GOLDZIHHER, *Le Dogme et la Loi de l'Islâm*, Paris, 1920, p. 46.

SECTION IV. — *L'Ijtihad*

A) Définition. — B) Importance. — C) Fondements.

A. — Définition

Le Prophète a reconnu l'*Ijtihâd* (raisonnement inductif) comme la quatrième source du Droit. Le mot « *Ijtihâd* » dérive de la racine arabe « *Ijtahada* », qui signifie « faire un effort ».

On dit : « *Ijtahada ra'iahou* », qui signifie : « forcer sa raison à mettre tous ses efforts », ou plutôt « raisonner minutieusement par induction ». C'est pour cela que cette quatrième source porte d'autres noms :

- « *ra'i* » (1), raisonnement;
- « *'acle* » (2), raison;
- « *qiyâs* » (3), raisonnement inductif.

J'ai choisi ici le premier nom « *Ijtihâd* », parce qu'il est le mot le plus général (4) qui réunit le sens des trois autres mots arabes.

Précisons maintenant le sens propre de l'*Ijtihâd* en rapportant la définition que nous avons signalée dans l'Introduction (5) : « L'*Ijtihâd* est l'effort accompli, dans un raisonnement inductif, par un docteur de l'Is-lâm, pour fournir des solutions aux nouvelles questions,

(1) AL-CHATIBY, *El-Muwâfacât*, Le Caire, éd. Rahmanié, t. III, p. 345; cf. AL-KHOUDARI, *Histoire de la Législation islâmique*, Le Caire, 1920, p. 105; cf. AHMAD-AMYN, *Al-Fajr*, t. I, Le Caire, 1933, p. 276; AHMAD-AMYN, *Al-Duha*, Le Caire, 1935, t. II, p. 152-153; AL-GHAZALI, *Al-Mustasfa*, Le Caire, 1322 Hégir, t. II, p. 244-245.

(2) AL-GHAZALI, *idem*, t. I, p. 100.

(3) AL-CHAF'I, *Al-Risalah*, Le Caire, 1312 Hégir, p. 127; cf. AL-KHOUDARY, *idem*, p. 223; AHMAD-AMYN, *Al-Duha*, t. II, p. 153; AL-GHAZALI, t. II, p. 246-249, 251-256.

(4) AL-GHAZALI, t. II, p. 229.

(5) Voir page 7.

qui ne sont mentionnées ni dans le Coran, ni dans la Sunnah ».

La présente Thèse va traiter, dans les chapitres suivants, de la quatrième source du Droit islâmique appelée « *Ijtihâd* », que nous traduisons par « Jurisprudence ».

B. — *Importance de l'Ijtihâd*

Si Goldziher a remarqué justement que l'*Ijmâ'* (la troisième source du Droit islâmique) est un principe qui « contient en germe la faculté pour l'Islâm de se mouvoir librement et d'évoluer », il trouverait, à plus forte raison, ce germe dans l'*Ijtihâd*, reconnu par l'Islâm comme la quatrième source du Droit pour suppléer au silence du Coran et de la Sunnah.

C. — *Le fondement de l'Ijtihâd*

Il est à remarquer que « l'*Ijtihâd* » doit être utilisé à travers la lumière du Coran et de la Sunnah, par conséquent fondé sur « **L'Esprit de l'Islâm** », que nous avons esquissé dans ce chapitre et dont « les détails ont révélé aux Musulmans :

- « que le bien (de l'humanité) est le but unique de la loi;
- « que là où l'on trouve le bien c'est la loi de Dieu » (1);
- et « qu'est hors la loi, chaque acte qui dépasse la justice pour l'injustice, le bien pour le mal, la sagesse pour la frivolité » (2).

(1) ABDUL-WAHAB KHALLAF, *Al-Siâssat-ul-Char'îé (La Politique loyale)*, Le Caire, 1350 Hégire, page 7.

(2) Cf. IBN-AL-JAWZÎÉ, *A'lam-ul-Muwakki-in*, Le Caire, éd. Kurdi, t. III, page 27.

CHAPITRE II

JURISPRUDENCE DE LA PREMIERE PERIODE (CELLE DES COMPAGNONS DU PROPHÈTE) (610-700)

§ 1. *Les conditions économiques de l'Arabie avant l'Islâm.* — § 2. *La jurisprudence pendant la vie du Prophète (610-632).* — § 3. *La jurisprudence après sa mort (632-700).*

§ 1. — LES CONDITIONS ÉCONOMIQUES DE L'ARABIE AVANT L'ISLAM

I. — Il est utile de signaler la nature de la vie que le Droit islâmique dut dominer dès son arrivée.

Le Droit d'un pays représente les conditions de sa vie au point de vue économique. Dans le domaine du Droit islâmique à cette première période, on trouve la figure d'une vie avancée, démontrée par l'importance de sa situation géographique d'autrefois et les faits historiques.

II. — L'Arabie est une vaste péninsule couverte en partie de déserts et baignée par trois mers : la mer Rouge à l'Occident; l'Océan Indien au Midi; la mer d'Oman, le Golfe Persique et une partie du Tigre à l'Est. Par ses extrémités occidentale et orientale, cette péninsule touche à l'Afrique et à l'Asie. « Au nord, ses frontières sont mal définies. Elles s'étendent à peu près dans la direction d'une ligne qui irait de Gaza, ville de Palestine sur les bords de la Méditerranée, jusqu'au sud de la mer Morte (en Palestine), puis de la mer Morte

vers Damas, et enfin de Damas jusqu'à l'Euphrate » (1).

« Mesuré dans sa plus grande longueur, le grand axe de la Péninsule Arabique a près de 23 degrés, soit 2.500 kilomètres. Entre la mer Rouge et le Golfe Persique, sa largeur atteint environ 1.000 kilomètres. La superficie totale de l'Arabie dépasse 3.000.000 de kilomètres carrés, soit six fois celle de la France » (2).

III. — Envisagé au point de vue de sa configuration, l'Arabie peut être considérée comme un vaste plateau composé de certaines plaines arides et d'autres fertiles, coupé parfois de vallées et de régions montagneuses, dont les sommets de quelques-unes atteignent 2.500 mètres, semé de villes et de villages habités par une population agricole; on estime que la moitié environ de l'Arabie se compose de régions fertiles, et l'autre moitié de régions désertes; le désert n'a d'autres habitants que les nomades qui le parcourent. Il existe des régions aussi grandes que d'importants Etats européens, qui sont extrêmement fertiles : tel est, par exemple, le Yémen, tel est encore le Nedjed, dont le climat, au dire de Palgrave, est un des plus salubres du globe (3). En raison des différences que présente le climat de l'Arabie, on y rencontre les produits des climats chauds et ceux des climats tempérés; c'est ainsi qu'elle produit le cotonier, la canne à sucre, le dattier, le caféier, le sycomore, l'acacia, le frêne, etc. On trouve dans les régions fertiles de l'Arabie la plupart des arbres et céréales cultivés en Europe : l'abricotier, le pêcher, le figuier, l'amandier, la vigne, le froment, le maïs, l'orge, le millet, la fève, etc. (4).

« L'Yémen, dit Massé (5), c'est-à-dire le pays du Sud, ou « le pays heureux » (Arabie heureuse), fut de tout temps célèbre par sa richesse et sa fertilité. Ses ruines

(1) Gustave LE BON, *La civilisation des Arabes*, Paris, 1884, p. 1-2.

(2) *Idem*, p. 2.

(3) Cf. LE BON, *idem*, p. 24.

(4) *Idem*, p. 6.

(5) MASSÉ, *L'Islâm*, Paris, 1930, p. 8.

nombreuses attestent un brillant passé politique, dont l'antique capitale, Sanaa, montre les derniers vestiges ».

« Quatre cents ans environ avant J.-C., Hérodote nous parle de « l'Arabie heureuse » comme de la plus riche contrée du globe. A Mareb, l'Antique Saba de la Bible, on trouvait, suivant lui, de riches palais ornés de portiques dorés, remplis de vases d'or et d'argent et de lits de repos en métaux précieux (1).

« Quant à l'Oman, dit Massé (2), situé au Sud-Est, c'est aussi un pays montagneux, très fertile, dont la côte est bordée de ports : de là sortirent les pilotes arabes qui ont laissé leur trace dans l'histoire de la navigation. Mascate a supplanté l'ancienne capitale, Sohar, appelée par un géographe arabe : « La porte de la Chine ».

« Enfin, dit-il, le long du golfe Persique, s'étend le bas pays de Bahraïn, aujourd'hui nommé Lhasa (Al-Hasa) : pays des pêcheurs de perles et des pirates, pays dont la richesse en dattiers est proverbiale ».

Il serait inexact alors de décrire partiellement l'Arabie, d'après seulement ses régions arides, ou ses régions fertiles. Les différences excessives, que présente son climat, montrent un facteur essentiel de l'hostilité qui existait entre tribus se disputant souvent l'hégémonie des régions fertiles.

IV. — La situation géographique de l'Arabie a fait de ses marchés les « nœuds des relations entre : Inde, Perse, Babylone, Ethiopie et Syrie-Palestine » (3).

Les guerres continuelles de l'antiquité entre Perse et Egypte, ou Perse et Grèce, ou Perse et Byzance, jusqu'à l'arrivée de l'Islâm, ont favorisé l'Arabie, car elle était la seule route libre et sûre pour le commerce. Ses grandes villes étaient les véritables entrepôts commerciaux du monde, les Arabes et surtout les Mecquois Qoraychites (respectés dans toute l'Arabie) les principaux intermédiaires.

Les caravanes transportaient les denrées les plus di-

(1) LE BON, *idem*, p. 67.

(2) MASSÉ, *idem*, p. 9.

(3) MASSÉ, *idem*, p. 21.

verses : cuirs, métaux précieux, parfums, aromates d'Arabie, poudre d'or et ivoire d'Afrique; tissus, armes, céréales et huiles de Syrie; soierie de Chine (1).

« Le luxe des grandes villes de l'Yémen, dit Le Bon (2), nous est encore indiqué par l'ancienneté et l'étendue de leurs relations commerciales... Les relations des Arabes s'étendaient jusqu'aux limites du monde connu et duraient depuis une époque fort reculée, puisqu'il en est déjà question dans la Bible. Véritables entrepôts commerciaux du monde, pendant plus de 2.000 ans, elles ont joué le même rôle que Venise à l'époque de sa splendeur. C'est par les Arabes, en effet, que, pendant toute l'antiquité classique, l'Europe fut en rapport avec les régions éloignées de l'Asie. Le commerce des Arabes comprenait non seulement les objets de l'Arabie, mais encore ceux qu'ils recevaient de l'Afrique et de l'Inde... Avec de telles relations commerciales répétées depuis tant de siècles, on conçoit ce que pouvaient être autrefois les grandes villes de l'Arabie, et notamment celle de l'Yémen. Enrichies par un commerce séculaire, elles connaissaient tous les produits du luxe le plus raffiné, et on comprend que les auteurs grecs, latins et arabes aient été unanimes pour vanter les merveilleuses splendeurs de ces vastes cités. Ce ne fut pas uniquement d'ailleurs dans l'Yémen que brilla la civilisation des Arabes avant Mahomet. Les détails laissés par les anciennes chroniques sur les royaumes de Hira et de Ghassan prouvent à quel point les futurs disciples du Prophète étaient susceptibles de civilisation ».

Tout Arabe est commerçant, disait déjà Strabon (3).

« Entre tous les Arabes, dit Dermenghem (4), les Qoraïchites avaient au suprême degré le sens commercial, et ils appuyaient leurs opérations de trafic sur toute une organisation financière et bancaire fort curieuse.

(1) *Idem*, MASSÉ, p. 21.

(2) *La civilisation des Arabes*, *idem*, p. 68-69.

(3) Emile DERMENGHEM, *La vie de Mahomet*, Paris, 1929, p. 26.

(4) *Idem*, p. 26-28.

Les premiers marchands cités dans la Bible sont des Arabes. Isaïe, Ezéchiel énumèrent les denrées qu'ils apportent en Syrie. On a pu voir en eux les initiateurs du commerce international ».

« Les Romains ne pouvaient se passer d'eux. Horace évoque les trésors de l'Arabie, les trafics qui enrichissent ses habitants. Les métaux précieux, les soies, les parfums de l'Orient coûtaient d'ailleurs fort cher aux voluptueux Romains, comme le remarquait Pline : *« Tantæ nobis deliciæ constant... »* en se plaignant des nombreux sesterces qu'il fallait payer pour cela aux Bédouins ».

« La prospérité commerciale de l'Arabie en général et de La Mecque en particulier, dépendait de la route des Indes. Selon qu'elle passait par le Nord, par la Mésopotamie, la Perse, l'Afghanistan ou par la Péninsule, le Yémen, le golfe Persique, les Arabes étaient pauvres ou riches. Ces oscillations eurent lieu à plusieurs reprises au cours des siècles, suivant celles de la politique ».

« Au début du septième siècle, les longues guerres entre Perses et Grecs (Romains) favorisaient le commerce mecquois. La cité des Qoraïchites se trouvait au centre d'une grande croisée de chemins, entre l'Orient et le monde méditerranéen, entre l'Afrique noire et la Syrie byzantine. Elle s'était, d'autre part, entourée d'un réseau de foires périodiques, comme « Okath », situé dans ses environs immédiate, qui stimulaient son commerce intérieur. Pélerinage et commerce, religion et affaires étaient intimement liés.

« Outre les petites caravanes particulières, les Qoraïchites en avaient deux grandes, régulières, en été vers le Yémen, en hiver vers la Syrie. Ces grandes expéditions étaient une affaire publique intéressant l'ensemble de la population, grâce à un système de crédit très perfectionné, permettant aux plus petites bourses d'y participer en souscrivant un demi-dinar, qui rapportait au moins 50, parfois 100 pour 100 ».

V. — En résumé, telles sont les conditions économi-

ques de l'Arabie avant l'arrivée de l'Islam. Une telle société n'est plus une société primitive et isolée, au point de vue économique.

Henri Massé déclare (1) : « Il ne faut pas craindre de le répéter : la prédication de Mahomet va s'adresser à des gens qui, depuis longtemps, ont renoncé à leur isolement sauvage... La Mecque fut le centre d'un syndicat de financiers et de trafiquants, tous calculateurs et comptables, en leur qualité de Qoraïchites ».

Les conditions de cette société arabe montre clairement ce que devra être le Droit islamique pour régler et perfectionner définitivement ces affaires.

§ 2. — LA JURISPRUDENCE PENDANT LA VIE DU PROPHÈTE
(610-632)

- A) *La portée du Coran et de la Sunnah.* — B) *Les éléments de la Sunnah.* — C) *Quelques exemples sur les éléments de la Sunnah.*
D) *La Sunnah et la jurisprudence.* — E) *Le domaine de la jurisprudence à cette époque.*
-

A. — *La portée du Coran et de la Sunnah*

I. — Le Coran était la loi fondamentale. La révélation de ses versets en présence des événements rendait ses principes, ses généralités, ses dispositions très explicites et ses buts très compréhensibles dans toute leur portée.

Par conséquent, on ne recourait que rarement à l'interprétation pour laquelle on s'adressait uniquement au Prophète.

II. — En présence de nouveaux événements, le Prophète publiait de nouveaux versets qui entraient dans

(1) MASSÉ, *L'Islâm*, Paris, 1930, p. 21.

le domaine du Coran, ou de nouvelles lois prophétiques qui entraient dans le domaine de la Sunnah en tant que commentaire.

III. — Etant le seul à qui on devait s'adresser, le Prophète constituait par ses paroles et ses actes (la Sunnah) la deuxième et presque la dernière source du Droit pendant sa vie.¹

B. — *Les éléments de la Sunnah*

La Sunnah, comme le Coran, est la conséquence directe des événements et des actualités.

Etant le commentaire du Coran (1), la Sunnah a traité en détail, pendant une vingtaine d'années absorbées par une réforme totale, toutes les branches du Droit.

Toutefois, la Sunnah s'est affirmée dans les éléments suivants :

- 1° L'application abondante des « principes du Coran par de différents exemples qui révèlent l'esprit de ces principes » (2) ;
- 2° L'explication de ses « généralités » (3) ;
- 3° Le détail de ses « dispositions » (4) ;
- 4° La création de « nouveaux principes » inspirés du Coran (5).

C. — *Quelques exemples sur les éléments de la Sunnah*

1° Dans le domaine de « l'application des principes du Coran », citons les exemples suivants.

(1) Cf. AL-CHATIBY, *idem*, t. IV, p. 12-55; *idem*, t. III, p. 367-369.

(2) *Idem*, t. IV, p. 27 : « Le Coran en a parlé en principe, la Sunnah en a parlé en application » ; cf. AL-KHOUDARI, *L'Histoire de la Législation islamique*, Le Caire, 1920, p. 220.

(3) *Idem*, AL-CHATIBY, p. 25-26 et 48-51; *idem*, KHOUDARI, p. 220.

(4) *Idem*, AL-CHATIBY; *idem*, KHOUDARI.

(5) *Idem*, AL-CHATIBY, p. 47-48; *idem*, t. III, p. 16-17; *idem*, KHOUDARI.

Comme application aux principes des contrats et des obligations (voir p. 24 : 2°), signalons quelques sortes de ventes interdites par le Prophète.

Il a interdit la vente de « *mulamaçah* » (touche) admise par l'usage, qui consiste à vendre une robe pliée dès que l'acheteur l'a touchée, même dans l'obscurité sans qu'il puisse s'assurer de son état ou qu'il la voie au jour (1).

De même, il a interdit la vente des animaux avant qu'ils ne soient nés (fœtus) (2).

Plus haut (3), nous avons cité encore l'interdiction de la vente des fruits sur les arbres avant qu'ils soient parfaitement formés. Le Prophète en a expliqué la cause en disant : « Par quel droit prenez-vous l'argent de votre frère si Dieu a empêché la formation des fruits? » (4).

En somme, le véritable consentement mutuel était détruit dans ces sortes de ventes* : le vendeur était assuré du prix, tandis que l'acheteur gardait tous les risques; de là survenaient de nombreuses contestations.

2° Dans le domaine de « l'explication des généralités du Coran », citons comme exemple : les biens imposés en terme général (5) sans en préciser les catégories. La Sunnah, comme commentaire, précisa que seuls sont imposés les biens du commerce et les récoltes.

3° Dans le domaine du « Détail des dispositions du Coran » citons comme exemple : les dispositions concernant les mêmes biens imposés. Le Coran n'a parlé que des personnes pour les besoins desquelles il a réservé ces impôts (6); la Sunnah a détaillé toutes les dispositions concernant cette institution. Elle en a signalé toutes les conditions nécessaires, soit pour déterminer les

(1) IBN-RUSHD (Averrhoès), *Bidâyatul-Mujtahid*, Le Caire, t. II, p. 147.

(2) *Idem*.

(3) Voir page 25.

(4) *Idem*, IBN-RUSHD, p. 149.

(5) Voir page 30 : V.

(6) Voir page 30 : V.

impôts dus d'après chaque catégorie de biens, soit pour déterminer la situation des propriétaires en temps et en personnes.

4° Enfin, dans le « domaine des nouveaux principes inspirés du Coran » et formulés par la Sunnah, citons ce principe bien répandu : « Il n'est jamais permis de nuire à autrui, ni de lui rendre le mal pour le mal (*la darara wa la dirâr*) ». Le sens de ce principe est révélé en maints versets du Coran, soit dans ses dispositions, soit dans d'autres principes (1).

D. — *La Sunnah et la jurisprudence*

I. — Durant sa vie, le Prophète a constitué avec sa Sunnah, à côté du Coran, la deuxième source la plus importante du Droit. La Sunnah n'a laissé que rarement place à la jurisprudence (*l'Ijtihâd*), parce que Mahomet était le seul à qui on devait recourir.

Mais il est à remarquer que l'existence du Prophète, avec la discipline qu'il enseignait par sa Sunnah, n'était pour ses disciples qu'une école de discipline jurisprudentielle (2).

II. — Le Prophète renvoyait parfois à un de ses disciples certaines actions à trancher, même en sa présence (3); il nommait des juges pour les régions éloignées de l'Arabie musulmane, et même pour la région chrétienne : « *Najran* », conformément à la demande que ces chrétiens lui avaient adressée (4).

Là se trouve le germe de la jurisprudence (*Ijtihâd*) que Mahomet a reconnu formellement.

En nommant **Mu'az Ibn Jabal** comme juge au Yémen (au Sud-Ouest de l'Arabie), le Prophète lui a recommandé de juger :

(1) AL-CHATIBY, t. III, p. 16-17.

(2) *Idem*, t. IV, p. 32-47.

(3) IBN-HAZM, *Al-Ihkâm fi Ouçoul-il-Ahkâm*, Le Caire, 1347 Hégire, t. VI, p. 25-26.

(4) HAYKAL, *La vie de Mahomet*, Le Caire, 1354 Hégir, p. 235.

- D'abord d'après les dispositions du Coran;
- Ensuite d'après les dispositions de la Sunnah, faute de texte au Coran;
- Enfin d'après ses appréciations jurisprudentielles (*Ijtihâd*), faute de texte à la Sunnah (1).

III. — Cependant, quoiqu'il soit éloigné de la résidence du Prophète, le juge était toujours dans l'Arabie, dont les conditions sociales et économiques sont semblables. Par conséquent, le juge ne jugeait souvent que des actions dont la Sunnah contenait la solution ou le principe.

Il résulte que, pendant la vie du Prophète, le rôle de la jurisprudence fut très réduit.

E. — *Le domaine de la jurisprudence à cette époque*

Le domaine de l'application était également réduit pour les mêmes raisons que nous venons de développer. La jurisprudence n'a pu franchir le domaine du Droit privé pour gagner le domaine du Droit public. De même dans le Droit privé, elle n'a dépassé que rarement les actes concernant les contrats et les obligations.

Ali Ibn Abi Talib, juge au Yémen, a jugé une action concernant le droit de famille, dans laquelle trois hommes revendiquaient la paternité d'un enfant naturel. Faute de preuves, **Ali** recourut au tirage au sort pour attribuer l'enfant à un des trois hommes et compléta son jugement en accordant à chacun des deux autres le tiers du prix du sang d'un homme que le gagnant dut leur payer (2).

(1) IBN-AL-JAWZÎÉ, *A'lâm-Almuwakki-in*, Le Caire, éd. Nil, t. I, p. 242.

(2) IBN-AL-JAWZÎÉ, *idem*, p. 245.

§ 3. — LA JURISPRUDENCE APRÈS SA MORT (632-700)

- A) *L'action de la jurisprudence à cette époque.* — B) *Son domaine.*
— C) *Les jurisconsultes de cette époque.* — D) *Leur système et la lettre typique du Khalif Omar.* — E) *Les trois voies de la jurisprudence et leurs exemples.* — F) *Ses caractéristiques.* — G) *Son autorité.*
-

A. — *L'action de la Jurisprudence à cette époque*

I. — Trois mois avant la mort du Prophète, le Coran fut achevé par une déclaration solennelle (1) au milieu de cent mille pèlerins que Mahomet avait invités au « Grand pèlerinage ».

Trois mois après, c'était la fin de la vie du Prophète. C'était aussi la fin de la Sunnah.

Par la mort du Prophète, ces deux sources principales du Droit islâmique cessèrent de procurer aux Musulmans de nouvelles dispositions. Pour les questions qui n'y sont pas mentionnées, il n'y a alors de solutions que par voie de la jurisprudence (*Ijtihâd*) ordonnée par le Prophète à condition d'être justifiées par les principes du Coran et de la Sunnah et modelées sur leurs exemples.

La mort du Prophète fut le premier facteur entraînant l'*Ijtihâd* dans sa pleine action.

II. — Un deuxième facteur fut la conquête rapide d'une grande partie de l'ancien monde dominé surtout par la Perse et les Romains. Là sans doute, les conditions de la vie et les usages présentèrent devant le Droit islâmique de nombreuses questions, dont beaucoup étaient nouvelles et devaient être adaptées à la loi ou abandonnées par voie de jurisprudence (*Ijtihâd*).

(1) Coran, S. Maïda, verset 4.

B. — *Son domaine*

Le domaine de la jurisprudence à cette époque n'est plus resté dans les limites de celui de l'époque passée. Il a gagné toutes les branches du domaine du Droit privé :

- le Droit de famille;
- les Contrats et les Obligations;
- le Droit criminel.

Puis il a gagné, dans la même importance, le domaine du Droit public. Toutes les fois où il y a intérêt public, la jurisprudence a démontré la nécessité d'institutions nouvelles concernant cet intérêt public.

C. — *Les jurisconsultes de cette époque*

Parmi les compagnons, les plus attachés au Prophète, se trouvèrent au moins cent trente personnes, y compris plusieurs femmes, jurisconsultes, auxquels on eut recours (1).

D'après le nombre de leurs consultations, sept de ces jurisconsultes viennent en premier lieu :

- **Omar Ibn-Al-Khattâb**, deuxième successeur (khalif) du Prophète;
- **Ali Ibn-Abi-Tâlib**, quatrième Khalif et gendre du Prophète;
- **Ayicha**, la Mère des croyants, femme du Prophète;
- **Abdullâh Ibn-Mass'ûd**, le seul maître d'enseignement à Koufa (2) (Iraq), où une première école jurisprudentielle était née, dont nous parlerons plus tard;
- **Zayd Ibn-Thâbet**, spécialiste de Droit de succession;
- **Abdullâh Ibn-'Abbâs**, cousin germain du Prophète;
- **Abdullâh Ibn-Omar**, fils du deuxième Khalif.

(1) **IBN-AL-JAWZÎÉ**, *A'lâm-Ul-Muwakki-îne*, éd. Nil, t. I, p. 13.

(2) Ville construite au centre de l'Iraq par l'ordre du Khalif Omar, pour être la capitale de l'Iraq.

De leurs consultations, on peut compiler un énorme recueil. Un grand savant du VIII^e siècle, **Muhammed Ibn-Mussa**, le petit-fils du Khalif : **Al-Ma'Mûn**, a fait des consultations d'**Ibn-'Abbâs** un recueil en vingt volumes (1).

En deuxième lieu viennent treize autres juriconsultes, dont **Abou Bakr**, le premier successeur du Prophète, et la femme **Um-Salma** (2).

Enfin, en troisième lieu viennent tous les autres (3).

D. — *Leur système et la lettre typique du Khalif Omar*

I. — C'est un système tout à fait catégorique que tous ces juriconsultes ont suivi minutieusement et dont l'origine est dans les commandements du Prophète faits au juge **Mu'âz** lorsqu'il fut nommé au Yémen (4).

« Chaque fois qu'on lui soumettait une question, Abou-Bakr, premier Khalif, recourait au Coran, dit Ibn-Al-Jawzié (5) ; s'il y trouvait la solution, il prononçait sa sentence ; sinon, il recourait à la Sunnah et demandait aux autres Compagnons s'ils connaissaient un jugement du Prophète, concernant cette question ; faute de texte, il appelait, à un conseil, des savants pris parmi les Compagnons du Prophète pour donner leur avis et décider la solution ».

Le deuxième Khalif Omar « faisait de même, dit Ibn-Al-Jawzié (6) ; mais faute de texte dans le Coran et dans la Sunnah, il se conformait d'abord aux sentences d'Abou Bakr ».

En nommant **Churayh** juge à Koufa (7), Omar lui

(1) *Idem*, **IBN-AL-JAWZÎÉ**, p. 13.

(2) *Idem*.

(3) *Idem*.

(4) Voir page 50.

(5) *Idem*, *A'lâm-ül-Muwakki-ïne*, p. 70.

(6) *Idem*, p. 71.

(7) Ville au centre de l'Iraq.

recommanda : « Si tu trouves la solution dans le Coran, ne consulte personne; en cas de silence, suis le texte de la Sunnah; faute de texte, conforme-toi aux sentences des hommes justes qui sont en exemple dans la justice; si tu n'en trouves pas, raisonne minutieusement (*Ijtihâd*), ou, si tu veux, consulte-moi » (1).

Abdullâh Ibn Mas'ûd s'exprime encore de même : « Si l'on pose à l'un de vous une question, qu'il prononce la sentence conformément aux dispositions du Coran; s'il n'y en a pas, qu'il la prononce conformément à celles du Prophète; s'il n'y en a pas, qu'il rende justice d'après les sentences des hommes justes; s'il n'en trouve pas, qu'il raisonne minutieusement (*Ijtihâd*). » (2).

Tous les autres jurisconsultes s'expriment de la même façon.

II. — Mais la lettre du Khalif Omar, adressée au juge **Abou Moussa Al-Ach'Ari**, est l'exemple typique. Il est intéressant de la reproduire tout entière, car elle est un guide dans la justice et elle a dans l'*Ijtihâd* une autorité absolue.

S'adressant au juge Abou Moussa, Omar lui écrit (3) :

(Les deux sources principales du droit)

« La justice doit être rendue ou par des prescriptions catégoriques (versets coraniques) ou par des lois prophétiques (Sunnah) justifiées.

« Etudie bien la question quand elle t'est posée, car il ne sert de rien de prononcer une sentence qui n'a pas d'autorité.

(L'égalité entre les hommes)

« Traite tous les hommes de même : lorsque tu les reçois, lorsque tu les rencontres, lorsque tu les juges, qu'aucun faible ne désespère de ta justice.

(1) *Idem*, IBN-AL-JAWZÎÉ, p. 71-97-98.

(2) *Idem*, p. 72.

(3) *Idem*, p. 99-100.

(Les moyens des preuves)

« La preuve incombe au demandeur et le serment doit être prêté par le défendeur.

(Les conditions de la transaction)

« La transaction est valable entre Musulmans, sauf si elle autorise ce qui est interdit ou interdit ce qui est autorisé.

(Le délai nécessaire)

« Quand un demandeur s'attribue un droit à présenter ou à prouver, fixe-lui un délai qui lui permette d'aboutir; et quand il a fait la preuve, donne-lui ce qu'il réclame à juste raison; et s'il n'a pas pu la faire, condamne-le; cela pour votre justification à tous deux et pour l'éclaircissement de ce qui n'était pas clair.

(L'éternité de la justice)

« N'hésite pas, pour une sentence que tu viens de rendre et que tu as réexaminée pour t'assurer d'avoir raison, à revenir au juste principe; car le droit est éternel, rien ne l'abolit; il vaut mieux y recourir que de persister dans l'erreur.

(Les conditions des témoins)

« Les Musulmans, en tant que témoins, sont également acceptables, sauf celui qui est connu pour faux témoignage, ou fut flagellé par sentence canonique pour cause de fausse accusation infamante, ou est suspect de clientèle ou de parenté.

(Les conditions de l'intervention du juge)

« Dieu s'est réservé le jugement des consciences des hommes et les a préservés des sanctions à moins de preuves et de serments.

(Le raisonnement, « *Ijtihād* », supplée au silence du Coran et de la *Sunnah*)

« Etudie minutieusement la question qui t'est soumise pour ce qui ne se trouve ni dans le Coran, ni dans la *Sunnah*; raisonne sur les choses à cet égard et réfère-

toi aux cas analogues, puis décide ce que tu juges le plus agréable à Dieu et le plus conforme à la justice.

(Les conditions du juge durant l'instance)

« Garde-toi de te mettre en colère, de t'énervier, de t'ennuyer, de te fâcher contre les personnes, de te montrer désagréable durant l'instance; car rendre justice, là où il le faut, donne droit à la récompense de Dieu et confère bonne réputation.

« Celui dont la conscience est pure quand il rend la justice, bien qu'au risque de se faire tort, Dieu le protégera contre les hommes; mais celui qui s'orne de bonnes qualités tandis qu'il ne les a plus, Dieu le déparera, car Dieu n'accepte des hommes que ce qui est pur.

« Pense donc à la récompense que Dieu t'accordera plus tôt et te réservera plus tard dans le trésor de sa miséricorde » (1).

E) *Les trois voies de la jurisprudence et leurs exemples*

I. — Une étude approfondie de toutes les solutions de la jurisprudence (*Ijtihād*) des disciples du Prophète, nous amène à préciser qu'elle est réalisée par les trois voies suivantes :

- 1° L'interprétation des prescriptions du Coran et de la Sunnah;
- 2° Le raisonnement basé sur les cas analogues mentionnés dans les dites sources;
- 3° L'appréciation libre basée sur l'**Esprit** de l'**Islâm** formulé à juste raison en disant : « que là où l'on trouve le bien c'est la loi de Dieu ».

Citons quelques exemples sur ces trois voies accompagnés des raisonnements originaires des disciples du Prophète.

II. — Dans le domaine de l'interprétation, citons celui concernant les dispositions des butins de guerre.

(1) J'ai traduit cette lettre avec l'aide de M. le Professeur Massignon, auquel j'adresse tous mes remerciements.

En principe, le butin est divisé en cinq parties, dont la première partie est la part du trésor public, réservée pour le bien de la communauté conformément aux prescriptions du Coran dans le Chapitre des Butins (1); tandis que les quatre autres sont réparties entre les guerriers conformément aux exemples du Prophète (2).

Après la conquête de la Syrie, de l'Iraq et de la Perse, d'énormes butins tombèrent aux mains des Musulmans, parmi lesquels il y avait de grands terrains.

Le Khalif Omar ordonna que seuls les biens mobiliers soient répartis; quant au terrain, que les intérêts seulement soient réservés aux guerriers pour toujours. Mais les guerriers, s'appuyant sur les prescriptions du Coran et les faits de la Sunnah, exigèrent la répartition des terrains. Une grande discussion s'éleva entre le Khalif et quelques Compagnons du Prophète; ces derniers insistèrent pour que ces terrains, pris avec leurs propriétaires et faisant partie des butins, soient répartis comme il est prescrit dans le Coran et la Sunnah.

Omar reconnut que ces terrains faisaient bien partie des butins; mais il répliqua que la répartition n'était plus raisonnable, que la sûreté et l'intérêt public réclamaient qu'un fond permanent soit disponible pour défendre le pays et subvenir aux besoins des guerriers de tous les temps; et c'est pourquoi il voulut laisser ces terrains aux mains des propriétaires indigènes en les frappant d'un impôt qui subviendrait toujours à ces besoins.

Bref, Omar affirma que les textes soutenus par ses adversaires devaient être toujours interprétés dans le sens de l'intérêt public.

Avant de prendre une décision définitive sur ce point qui touche à fond l'avenir et la sûreté de la communauté, Omar convoqua les grands Compagnons du Prophète à un Conseil et il s'adressa à eux en ces termes :

« Je vous ai dérangé afin que vous assumiez avec moi

(1) Coran, S. Butin, verset 41.

(2) Cf. KHALLAF, *Al-Siyassat-ul-Char'ie*, Le Caire, 1350 Hég., page 124.

la responsabilité d'une décision dans l'intérêt de la nation. C'est à vous de prononcer aujourd'hui la juste décision, et je ne suis que votre égal.

« Il y a des hommes qui sont d'accord avec moi, mais d'autres qui sont contre moi ; je ne veux pas que vous approuviez mes actes sans raisonnement. Vous avez le Coran qui ne prescrit que le bien et c'est le bien que je cherche.

« On prétend que j'ai privé des hommes de leur droit en ne répartissant que les biens mobiliers des butins et non les terrains. Si j'ai voulu laisser ces terrains aux mains des indigènes, ce n'est que pour en affecter les intérêts exclusivement aux besoins des guerriers d'aujourd'hui et de l'avenir.

« Voyez ces immenses frontières dont la garde est indispensable ; voyez ces grands pays : la Syrie, l'Iraq, la Gézirah, l'Égypte, dont la sûreté nécessite des armées permanentes et des dépenses énormes et continuëles. Comment payera-t-on ces armées dans l'avenir si je répartis aujourd'hui ces terrains entre les guerriers ? » (1).

A la suite de la délibération, s'inspirant du principe que le bien de la communauté est le but de toutes les prescriptions du Coran, le Conseil adopta à l'unanimité l'avis d'Omar.

Voilà un exemple, dans lequel on a interprété le fait de la Sunnah, réservant les quatre cinquièmes des butins aux guerriers, en conservant seulement les intérêts des terrains aux besoins des armées d'aujourd'hui et de l'avenir.

III. — Maintenant, citons un exemple dans le domaine du « raisonnement basé sur les cas analogues mentionnés dans le Coran ou dans la Sunnah ».

Dans une succession, la grand'mère maternelle a, d'après un jugement prophétique (Sunnah), un certain droit dans l'héritage de son petit-fils.

A l'époque du Premier Khalif Abou-Bakr, une ques-

(1) Cf. pour toute cette question : ABOU-YOUSSEF, *Al-Kharâj*, Le Caire, 1352, Hégir, p. 23-27.

tion lui fut posée dans laquelle deux grand'mères, paternelle et maternelle, réclamaient des droits dans l'héritage de leur petit-fils. Le Khalif voulut donner droit dans l'héritage à la grand'mère maternelle seule d'après la Sunnah, et priver l'autre grand'mère, faute de texte.

Mais un des compagnons du Prophète critiqua cette solution et demanda que la grand'mère paternelle participasse aussi, à plus forte raison, à la succession : « car le petit-fils, dit-il, a le droit de participer à l'héritage de sa grand'mère paternelle et non à celui de sa grand'mère maternelle ». Le Khalif décida, d'après ce raisonnement inductif, appelé « *Qiyâs* » (raisonnement par analogie), que la grand'mère paternelle participerait avec la grand'mère maternelle à l'héritage (1).

IV. — Citons enfin un exemple « sur l'appréciation libre basée seulement sur l'Esprit de l'Islam ».

Cette voie a une très grande importance, que l'on doit d'abord souligner dans le Droit islâmique. Elle embrasse toutes les questions appelées plus tard dans la « Science des sources du Droit », « *Al-Maṣālih-ul-Mursalah* », qui signifie : les questions dont les solutions ne sont pas mentionnées dans le Coran et la Sunnah et qui n'y ont plus de fondement particulier, ni par voie d'interprétation ni par voie de raisonnement analogique ; mais qui ont leur fondement dans l'Esprit de l'Islâm, précisé ainsi : là où l'on trouve le bien, c'est la loi de Dieu (2).

L'exemple est l'expropriation de quelques pâturages par le Khalif Omar, afin de les réserver à la nourriture des animaux de l'armée. Les propriétaires furent indignés de cet acte et vinrent se plaindre en lui disant (3) : « Comment expropries-tu notre terrain ? Nous nous sommes battus pour le défendre avant que nous soyons

(1) Cf. IBN-AL-JAWZÎ, *A' lâm-Ul-Muwakki-în*, éd. Nil, t. I, p. 259-260 ; IBN RUSHD (AVERRHUES), *Bidayat-ul-Mujtahid*, Le Caire, 1935, t. II, p. 344.

(2) AL-KHOUDARI, *Histoire de la Législation islâmique*, Le Caire, 1920, p. 196, 241-243 ; cf. KHALLAF, *La politique loyale*, Le Caire, 1350 Hégir, p. 2-4, 7-8 ; AL-GHAZALI, t. I, p. 284-315.

(3) Cf. IBN-AL-JAWZÎ, *Histoire d'Omar Ibn-Alkhattâb*.

Musulmans, et puis nous nous sommes convertis, confiants dans la sécurité de nos propriétés! » Omar leur répondit que c'est l'utilité publique qui a nécessité cet acte : « Si je n'étais pas chargé d'entretenir ces animaux pour la défense commune, je ne vous aurais même pas exproprié un empan » (1).

F. — *Les caractéristiques de leur jurisprudence*

Ces quelques exemples sur la **Jurisprudence** des Compagnons du Prophète nous permettent d'en préciser les caractéristiques.

La **Jurisprudence** dans ses trois voies :

- l'interprétation,
 - le raisonnement basé sur les cas analogues,
 - l'appréciation libre basée sur l'Esprit de l'Islâm,
- n'a plus d'autre règle, servant de principe pour interpréter ou pour raisonner par analogie ou pour apprécier librement, que celle de l'idée générale du bien et de la justice : « **L'Esprit de l'Islâm** », qui devra être réalisée dans les nouvelles solutions.

Les Compagnons du Prophète, étant d'origine arabe et ayant puisé leur doctrine dans l'enseignement direct du Prophète en présence des événements successifs, comprenaient les dispositions dans toutes leurs portées et possédaient facilement l'**Esprit de l'Islâm**.

Pour ceux-là, cet Esprit était si explicite qu'ils y recouraient toujours pour les nouvelles solutions; ou plutôt, ils se contentaient souvent d'y trouver le fondement suffisant par voie « d'appréciation libre » (2), quoiqu'il y eut dans le Coran et la Sunnah d'autres fondements : « l'interprétation » ou « le raisonnement analogique ». L'exemple typique est l'expropriation des pâturages par le Khalif Omar pour cause d'utilité publi-

(1) Empan : espace entre les extrémités du pouce et du petit doigt écarté.

(2) Cf. AL-KHOUDARI, *L'histoire de la législation islamique*, Le Caire, 1920, p. 195-196.

que fondée sur « l'appréciation libre » (1), tandis qu'il aurait pu fonder son acte directement sur un cas analogue mentionné dans la Sunnah concernant l'expropriation des forêts par le Prophète pour cause d'utilité publique (2).

G. — *L'autorité de la jurisprudence des Compagnons*

I. — Pour les mêmes raisons que nous venons de citer et qui rendirent l'**Esprit de l'Islâm** plus explicite aux Disciples du Prophète, une grande partie des Docteurs de l'Islâm accordèrent aux solutions de ceux-ci, dans les siècles suivants, une autorité absolue (3). Si les Disciples du Prophète étaient tous d'accord sur la solution d'une question, ces Docteurs n'en prenaient pas d'autre; si les Disciples n'étaient pas tous d'accord, ces Docteurs préféraient choisir celle qu'ils jugeaient la meilleur que d'en innover une autre (4).

II. — Il reste à montrer qu'elle était, à l'époque des Compagnons du Prophète, l'autorité de leurs solutions divergentes sur une question.

Il y a deux cas à distinguer :

a) Avant la sentence du juge, toutes les solutions divergentes ne dépassaient pas la valeur d'une consultation.

b) Après la sentence du juge, la solution décidée a la valeur de la chose jugée; aucun autre juge, ayant une autre solution, n'a le droit d'annuler le jugement; aussi le premier juge, s'il a changé d'avis après la prononciation de la sentence, n'a pas non plus le droit d'annuler son premier jugement, mais il aura le droit, dans

(1) Voir p. 60 : IV.

(2) Voir page 28 : I.

(3) Cf. IBN-ALJAWZÎÉ, *A'lâm-ul-Muwakki'in*, Le Caire, éd. Nil, t. I, p. 91-94, 265; AL-GHAZALI, *Al-Mustasfa*, t. I, p. 260-274; IBN-ABDUL-CHAKUR, *Commentaire de Muçallam Al-Qubut*, Le Caire, 1322 Hégir, t. II, p. 185-188.

(4) IBN-ALJAWZÎÉ, *idem*, p. 92.

une autre action semblable, de prononcer une sentence d'après sa nouvelle appréciation.

Un condamné ayant expliqué au deuxième Khalif Omar son cas qui avait été tranché par un juge, le Khalif lui dit :

« Si j'avais été le juge en cette question, je l'aurais tranchée par une autre solution ». Le condamné sollicita alors le Khalif d'abolir la sentence en sa qualité de juge suprême; le Khalif lui répondit : « Je le ferais si je te renvoyais à une prescription coranique ou à une loi prophétique, mais je te renvoie à une solution par voie d'appréciation (jurisprudence); chacun a la sienne et je n'ai pas de préférence à imposer » (1).

Autre exemple : le Khalif Omar avait prononcé une sentence dans une action par voie de jurisprudence; quelques années après, dans une autre action de même nature, il rendit justice par une autre solution; on lui dit : « Mais tu avais jadis rendu justice autrement »; le Khalif répondit : « C'était mon appréciation ce jour-là, et celle-ci est mon appréciation aujourd'hui » (2).

(1) *Idem*, page 74.

(2) *Idem*, page 131.

CHAPITRE III

JURISPRUDENCE DE LA DEUXIEME PERIODE

(CELLE DES DOCTEURS DE L'ISLAM : AL-MUJTAHIDINE)

(700-1000)

- § 1. *La Civilisation arabe en plein progrès.* — § 2. *Le mouvement scientifique jurisprudentiel et les Ecoles principales.* — § 3. *La littérature juridique des Ecoles.* — § 4. *La Science des sources du Droit islâmique.* — § 5. *La Doctrine après la Science des sources du Droit.* — § 6. *Les éléments essentiels du mouvement jurisprudentiel.*
-

§ I. — LA CIVILISATION ARABE EN PLEIN PROGRÈS

- A) *Dépendance de l'esprit jurisprudentiel avec les conditions de la Nation.* — B) *Attitude de l'Islâm auprès de l'enseignement public.* — C) *Résultat de cette attitude.* — D) *Aperçu général.* — E) *Les deux époques de la civilisation.* — F) *La civilisation du Khalifat de Bagdad.* — G) *La civilisation du Khalifat de Cordou.* — H) *Méthode scientifique des Arabes.*
-

A. — *Dépendance de l'esprit jurisprudentiel avec les conditions de la nation*

Dans ce chapitre, nous allons développer l'évolution jurisprudentielle au temps des Docteurs de l'Islâm. L'esprit jurisprudentiel aussi bien que le Droit dépendent de l'état de la nation où ils prennent naissance.

Quel était cet état chez les Arabes pendant cette période? Nous allons en donner un aperçu dans ce premier paragraphe.

B. — *Attitude de l'Islâm auprès de l'enseignement public*

Un précepte islâmique fondamental dans la question doit être d'abord signalé.

A l'arrivée de l'Islâm, les Arabes étaient en majorité illettrés, tout au moins ceux qui savaient lire et écrire étaient rares. L'Islâm a remédié à cet état en imposant l'enseignement comme devoir religieux; le Prophète a déclaré : « L'enseignement est un devoir catégorique pour chaque Musulman » (1). Ainsi il a menacé de punition les savants qui n'instruiraient pas les ignorants et les ignorants qui ne cherchaient pas à s'instruire. Dans un discours, le Prophète a menacé de punir les « **Ach'arites** », hommes savants, parce qu'ils n'enseignaient pas leurs voisins, les nomades; il a agi de même envers ces derniers parce qu'ils ne cherchaient pas à s'instruire; et il a fixé aux **Ach'arites** un délai d'un an pour remplir leur devoir envers leurs voisins (2).

Dans sa première bataille de Badr (3) contre les Païens Koraïchites, le Prophète a libéré les prisonniers lettrés et comme rançon il a imposé à chacun d'eux d'enseigner dix illettrés musulmans (4), exemple unique dans l'histoire de la propagation des religions et si curieux dans ce siècle reculé.

Dans ses prédications, Mahomet encourageait avec insistance l'instruction. Parfois, il proclamait que sont hommes seulement ceux qui apprennent ou qui savent et

(1) AL-MUNZIRI, *Al-Tarhib-wal-Tarhib*, Le Caire, éd. Sabih, t. I, p. 42.

(2) *Idem*, p. 54-55.

(3) Endroit entre Médine et La Mecque où s'est engagée la bataille.

(4) E. DERMENGHEM, *La vie de Mahomet*, Paris, 1929, p. 214; cf. AHMED AMYN, *Fajr-ul-Islâm*, Le Caire, 1933, t. I, p. 168.

que les autres n'étaient bon à rien (1) ; parfois il déclarait : « Le superflu de la science vaut mieux que le superflu de la dévotion » (2) ; parfois il prêchait : « Rien n'est préférable qu'un superflu de science qui mène au bien et évite le mal, car personne n'est parfait en religion que si sa raison est perfectionnée » (3).

C. — *Résultat de cette attitude*

Cet appel à l'enseignement prêché par le Prophète et imposé comme un devoir religieux, a animé les Musulmans d'un goût très vif pour l'étude. « L'ardeur qu'ils apportèrent dans l'étude, dit LE BON (4), est véritablement frappante, et si, sous ce point de vue, plusieurs peuples les ont égalés, il n'en est pas peut-être qui les ait surpassés. Lorsqu'ils s'emparaient d'une ville, leur premier soin était d'y fonder une mosquée et une école. Dans les grands centres, ces écoles étaient toujours nombreuses ; Benjamin de Tulède, mort en 1173, raconte en avoir vu vingt à Alexandrie ». « Indépendamment des simples écoles pour l'enseignement, les grandes cités, telles que Bagdad, Le Caire, Tolède, Cordoue, etc., possédaient des universités munies de laboratoires, d'observatoires, de riches bibliothèques, en un mot de tout le matériel nécessaire aux recherches scientifiques. L'Espagne, seule, avait soixante-dix bibliothèques publiques » (5). « Celle du Khalife El Hakém II, à Cordoue, contenait, d'après les auteurs arabes, six cent mille volumes, dont quarante-quatre pour le catalogue seulement. On a fait justement remarquer à ce propos que, quatre cents ans plus tard, Charles le Sage ne put réunir, dans la bibliothèque royale de France,

(1) AL-MUNZIRI, *id.*, p. 44.

(2) AL-MUNZIRI, *id.*, p. 40.

(3) *Idem*, p. 43.

(4) *La Civilisation des Arabes*, *id.*, p. 466-467.

(5) *Idem*, p. 467.

plus de neuf cents volumes, sur lesquels un tiers à peine n'étaient pas consacrés à la théologie » (1).

Cette ardeur pour la science était dirigée d'abord vers la Science du Droit islâmique. Mais aussitôt que les Arabes ont dépassé les limites de l'Arabie, cette ardeur a de même franchi la Science du Droit islâmique pour englober toutes les autres sciences. « Le désir de s'instruire, dit LE BON (2), était si grand chez les Arabes, que les Khalifes de Bagdad employaient tous les moyens pour attirer à leur cour les savants et les artistes les plus célèbres de l'univers. L'un de ces Khalifes alla même jusqu'à déclarer la guerre à l'empereur de Constantinople, pour l'obliger à permettre à un mathématicien renommé de venir enseigner à Bagdad. Artistes, savants, lettrés, de toutes religions et de toute origine : Grecs, Persans, Coptes, Chaldéens, affluaient dans la grande cité et en faisaient le véritable centre intellectuel du monde. El Mamoun, le fils d'Haroun, regardait les savants, dit Abulfaradj, comme des êtres choisis de Dieu pour perfectionner la raison : c'étaient les flambeaux du monde, les guides du genre humain. Sans eux, la terre devait retourner à la barbarie primitive ».

Cette aptitude merveilleuse de la science chez les Musulmans, par voie de religion, a mené G. Le Bon à déclarer (3) : « La science, si dédaignée par d'autres religions, est estimée très haut par les Musulmans. C'est à eux, du reste, qu'est due cette réflexion très juste : sont hommes ceux qui apprennent ou qui savent; le reste est vermine ou n'est bon à rien ».

D. — *Aperçu général*

Loin de discuter dans cette Thèse la civilisation arabe à cette période (700-1000), je me bornerai à reproduire,

(1) *Idem*, p. 468.

(2) *Idem*, p. 164.

(3) *La Civilisation des Arabes*, *idem*, p. 459.

dans ce paragraphe préliminaire, les données générales qui aideront à se faire une idée exacte, contenues dans l'ouvrage merveilleux de Gustave Le Bon (m. 1931) et ses études approfondies : « *La Civilisation des Arabes* ».

Sorti des déserts de l'Arabie, le peuple arabe renversa la puissance séculaire des Perses, des Grecs et des Romains, fonda un immense empire qui s'étendit de l'Inde jusqu'à l'Espagne et produisit ces œuvres merveilleuses dont les vestiges frappent d'admiration et d'étonnement (1).

E. — *Les deux époques de la civilisation*

Les deux époques les plus brillantes de la domination des Arabes sont celles du Khalifat de Bagdad en Asie et du Khalifat de Cordoue en Espagne. Devenus bientôt indépendants l'un de l'autre et séparés par des distances considérables, mais ayant même origine, même religion et même langue, les deux empires progressèrent d'une façon parallèle pendant plusieurs siècles.

F. — *La civilisation du Khalifat de Bagdad*

« La période brillante de la civilisation des Arabes commença aussitôt que leur conquête fut achevée. L'activité qu'ils avaient d'abord dépensée dans les combats, ils la tournèrent vers les lettres, les sciences, l'industrie ; et leur progrès dans les arts pacifiques furent aussi rapides qu'ils l'avaient été dans les arts guerriers » (2). « Quand on étudie leurs travaux scientifiques et leurs découvertes, on voit qu'aucun peuple n'en produisit d'aussi grands dans un temps si court. Lorsqu'on exa-

(1) LE BON, p. IV.

(2) *Idem*, p. 159.

mine leurs arts, on reconnaît qu'ils possédèrent une originalité qui n'a pas été dépassée » (1).

Ce fut sous le règne de Haroun-Al-Raschid (786-809) et sous celui de son fils Al-Ma'Moun (813-833) que Bagdad atteignit le plus haut point de prospérité et devint la plus importante des villes de l'Orient dont la population a dépassé deux millions en moins d'un demi-siècle après sa fondation (2). Le nom de Haroun était alors célèbre dans les parties les plus reculées du monde connu.

« Le puissant empereur Charlemagne, dit Le Bon (3), véritable souverain d'Occident, qui régnait de l'Atlantique jusqu'à l'Elbe, mais ne régnait que sur des barbares, chargea des ambassadeurs de lui porter ses vœux et de solliciter sa protection pour les pèlerins à Jérusalem. Haroun accorda la protection demandée et renvoya les ambassadeurs avec de magnifiques présents. On voyait parmi eux un éléphant richement orné, animal entièrement inconnu en Europe, des perles, des bijoux, de l'ivoire, de l'encens, des étoffes de soie, et enfin une horloge qui marquait et sonnait les heures. Cet instrument excita au plus haut degré l'admiration de Charlemagne et de l'entourage demi-barbare chez lequel le grand homme essayait en vain de faire revivre la civilisation romaine. Personne, à sa cour, ne fut capable, du reste, d'en comprendre le mécanisme. »

« Monté sur le trône à l'âge de vingt-trois ans, Haroun-al-Raschid s'occupa bientôt d'organiser toutes les parties de son vaste empire. Un système régulier de communications relia toutes les parties de ses Etats : des relais toujours préparés permettaient aux courriers de franchir rapidement de grandes distances. Un service de pigeons voyageurs avait été également organisé, et fonctionnait encore de nos jours entre certaines villes. La direction des postes était alors à Bagdad, comme au-

(1) *Idem*, p. III.

(2) Cf. AL-KHOUDARI, *Histoire de la Législation islâmique*, Le Caire, 1920, p. 168; AL-KHOUDARI, *L'Histoire des Abaïdes*, Le Caire, 1930, p. 108; cf. LE BON, p. 160.

(4) LE BON, *idem*, p. 160.

jourd'hui en Europe, une des premières charges de l'Etat » (1).

« Toutes les décisions du Khalife étaient enregistrées et consignées dans les archives, afin de pouvoir être consultées par leurs successeurs » (2).

« La police municipale était organisée avec autant de soin que l'avaient été les services des postes et des finances » (3).

« Le bon état des finances sous les Khalifes abassides leur permit d'entreprendre de grands travaux d'utilité publique. Des routes furent construites. Des Caravansérails, des mosquées, des hôpitaux, des écoles s'élevèrent de tous côtés et notamment à Bagdad, Bassorah, Mossoul, etc. » (4).

« L'agriculture et l'industrie prirent également une grande extension. Les vins de Schérad et d'Ispahan acquirent de la célébrité et furent exportés au loin. Des fabriques de fines étoffes s'établirent à Mossoul, à Alep et à Damas. Les mines de sel, de soufre, de marbre, de fer, de plomb, etc., furent exploités d'une façon méthodique » (5).

« L'enseignement public était organisé sur de larges bases. Les professeurs les plus célèbres furent appelés de tous les points de l'univers. L'astronomie, surtout, fut cultivée au point de permettre de tenter des opérations que les Européens n'ont pu aborder qu'à une époque moderne, telles que la mesure d'un arc du méridien. Les anciens auteurs grecs et latins, surtout ceux traitant de philosophie et de mathématique, furent traduits et étudiés dans toutes les écoles. L'étude de l'antiquité devint alors aussi générale qu'elle devait l'être en Europe quelques années plus tard » (6).

« Les Arabes apportèrent dans ces études, si non-

(1) LE BON, p. 160-161.

(2) LE BON, p. 162.

(3) *Idem.*

(4) *Idem.*

(5) *Idem.*

(6) *Idem*, p. 162-163.

velles pour eux, toute leur ardeur. Bibliothèques publiques, écoles, laboratoires se multipliaient partout, et quand nous étudierons, dans d'autres chapitres, les détails de leur civilisation, nous verrons qu'ils réalisèrent, dans la plupart des sciences, des découvertes importantes » (1).

« Les Arabes possédèrent, surtout au point de vue pratique, des connaissances de mécanique fort étendues. Le petit nombre de leurs instruments venus jusqu'à nous et les descriptions que nous ont laissées d'anciens auteurs, donnent une haute idée de leur habileté... Nous en avons la preuve par les descriptions que donnent plusieurs auteurs, et notamment Benjamin de Tulède, qui visita la Palestine au xii^e siècle, de la célèbre horloge de la mosquée de Damas... Quand on sort par la porte Djiroum, on voit, à droite, dans la muraille de la galerie en face, une sorte de salle ronde en forme de grande voûte, dans laquelle sont deux disques de cuivre percés de petites portes, dont le nombre égale celui des heures du jour, et deux poids en cuivre tombant du bec de deux éperviers de cuivre dans deux tasses percées. Vous voyez les deux éperviers étendre leur cou, avec les poids, sur les deux tasses, et laisser tomber les poids; cela se fait d'une façon si merveilleuse qu'on croirait que c'est de la magie. Les poids en tombant font du bruit, puis ils rentrent par les trous des tasses dans l'intérieur du mur.

« Aussitôt la porte se referme avec une tablette de cuivre. Cela continue ainsi jusqu'à ce que toutes les heures du jour étant passées, toutes les portes se soient fermées. Pour la nuit, c'est un autre mécanisme. Dans l'arcade qui entoure les deux disques de cuivre, sont douze cercles de cuivre percés, et dans chaque cercle un vitrage. Derrière le vitrage est une lampe que l'eau fait tourner par un mouvement proportionné à la division des heures. Quand une heure s'achève, la lueur de la lampe illumine le verre, et les rayons se projettent sur le cercle de cuivre. Ensuite la même chose a lieu pour

(1) *Idem*, p. 163.

le cercle suivant, jusqu'à la fin des heures de la nuit » (1).

« L'aperçu qui précède montre que bien peu de temps après leurs conquêtes, les Arabes étaient arrivés à un haut point de culture » (2).

G. — *La civilisation du Khalifat de Cordoue*

De même qu'à Bagdad, en Orient, les Arabes atteignirent à Cordoue et à Tolède, en Espagne, le même haut point de culture.

« Aussitôt que les Arabes eurent terminé leur conquête, dit Le Bon (3), leur œuvre de civilisation commença... Ce fut surtout à partir de l'avènement d'Abderaman, c'est-à-dire à partir du jour où l'Espagne se sépara de l'Orient par la proclamation en 756 du Khalifat de Cordoue, que la civilisation arabe prit tout son essor. Pendant trois siècles, Cordoue fut certainement la plus éclairée de toutes les cités de l'ancien monde. »

« Ce qui caractérisa surtout la civilisation des Arabes en Espagne, pendant cette période, ce fut leur goût éclairé pour les arts, les lettres et les sciences. Ecoles, bibliothèques, laboratoires se fondent de tous côtés; les Grecs sont traduits; les mathématiques, l'astronomie, la physique, la chimie, la médecine sont cultivées avec succès et nous verrons dans des chapitres spéciaux que d'importantes découvertes furent réalisées dans ces diverses sciences » (4).

« L'industrie et le commerce furent cultivés avec la même ardeur. Les produits des mines, des manufactures d'armes, de soie, de drap, de maroquin, de sucre, étaient expédiés dans toute l'Afrique et le Levant » (5).

« Les aptitudes agricoles des Arabes furent à la hau-

(1) *Idem*, p. 509-511.

(2) *Idem*, p. 163.

(3) *Le Bon*, p. 281.

(4) *Idem*, p. 282.

(5) *Idem*, p. 282.

teur de leurs aptitudes scientifiques et industrielles. Les seuls travaux d'irrigation possédés aujourd'hui par l'Espagne ont été exécutés par eux. Ils introduisirent dans les plaines fertiles de l'Andalousie la canne à sucre, le mûrier, le riz, le cotonnier, le bananier, etc., et, sous leur savante culture, l'Espagne qui, sauf dans certaines parties du midi, est aujourd'hui un véritable désert, fut un immense jardin » (1).

« L'activité des Arabes s'étendait à toutes les branches des sciences, de l'industrie et des arts. Leurs travaux publics eurent l'importance de ceux des Romains. Routes, ponts, hôtelleries pour les voyageurs, hôpitaux, mosquées, se multipliaient partout. Lorsque l'archevêque Ximénès faisait brûler, plus tard, à Grenade, tous les manuscrits arabes, au nombre de quatre-vingt mille, qu'il avait pu réunir, il croyait rayer pour toujours de l'histoire le souvenir des ennemis de sa foi; mais, en dehors de leurs œuvres écrites, les travaux dont ils ont couvert le sol suffiraient à perpétuer à jamais leur nom » (2).

« La capitale du Khalifat de Cordoue fut un centre scientifique, artistique, industriel et commercial qu'on ne peut comparer qu'aux capitales modernes des plus grands Etats Européens » (3).

H. — *Méthode scientifique des Arabes*

Le Bon décrit cette méthode en s'exprimant ainsi (4) :

« Les bibliothèques, les laboratoires, les instruments sont des matériaux d'instruction et de recherches indispensables, mais ce ne sont, en définitive, que des matériaux et leur valeur dépend uniquement de la façon dont on les utilise. On peut être rempli de la science des autres et incapable cependant de penser par soi-même et

(1) *Idem.*

(2) *Idem.*

(3) *Idem*, p. 282.

(4) *Idem*, p. 468-471.

de créer quelque chose, être un disciple sans jamais réussir à devenir un maître. Les découvertes exposées dans les chapitres qui vont suivre montreront le parti que les Arabes surent tirer des éléments d'étude réunis par eux. Nous nous bornerons maintenant à indiquer les principes généraux qui dirigèrent leurs recherches. Après avoir été de simples élèves ayant pour maîtres les ouvrages des Grecs, ils comprirent bientôt que l'expérience et l'observation valent mieux que les meilleurs livres. Banale aujourd'hui, cette vérité ne le fut pas toujours : les savants du moyen-âge ont travaillé pendant mille ans avant de la comprendre ».

« On attribue généralement à Bacon la substitution de l'expérience et de l'observation, bases des méthodes scientifiques modernes, à l'autorité du maître ; mais il faut reconnaître aujourd'hui qu'elle appartient toute entière aux Arabes. Cette opinion a été énoncée d'ailleurs par tous les savants qui ont étudié leurs œuvres, Humboldt notamment. Après avoir établi que le degré le plus élevé de la science consiste à provoquer soi-même et à son gré des phénomènes, c'est-à-dire dans l'expérimentation, l'illustre observateur ajoute : « Les Arabes s'élevèrent à ce degré presque inconnu des anciens ».

« Ce qui caractérise surtout l'école de Bagdad à son début, dit M. Sédillot, c'est l'esprit véritablement scientifique qui préside à ses travaux ; marcher du connu à l'inconnu, se rendre compte exact des phénomènes pour remonter ensuite des effets aux causes, n'accepter que ce qui a été démontré par l'expérience, tels sont les principes enseignés par les maîtres. Les Arabes du ix^e siècle étaient en possession de cette méthode féconde, qui devait être si longtemps après, entre les modernes, l'instrument de leurs plus belles découvertes. »

« Expérimenter et observer, telle fut la méthode des Arabes. Etudier dans les livres et se borner à répéter l'opinion du maître, fut celle de l'Europe au moyen-âge. La différence est tout à fait fondamentale. On ne peut apprécier justement la valeur scientifique des Arabes qu'après l'avoir constatée. »

« Les Arabes expérimentèrent donc, et furent les premiers dans le monde — les seuls pendant longtemps — qui comprirent l'importance de cette méthode. « Si l'on compte à peine, écrit Delambre dans son *Histoire de l'Astronomie*, deux ou trois observateurs parmi les Grecs, on en voit au contraire un nombre assez considérable chez les Arabes ». Pour la chimie, on ne peut citer aucun expérimentateur chez les Grecs, alors qu'on les compte par centaines chez les Arabes. »

« L'habitude de l'expérimentation donna à leurs travaux cette précision et cette originalité qu'il ne faut jamais s'attendre à trouver chez l'homme qui n'a étudié les phénomènes que dans les livres. Ils ne manquèrent d'originalité que dans une science où l'expérimentation était alors impossible : la philosophie.

« La méthode expérimentale inaugurée par eux devait nécessairement les conduire à des découvertes importantes. L'examen que nous allons faire de leurs travaux scientifiques montrera, en effet, qu'ils réalisèrent plus de découvertes en trois ou quatre siècles que les Grecs pendant une période infiniment plus longue. Ce dépôt de la science passée, que les Byzantins avaient reçu avant eux, mais dont ils ne tiraient plus partie depuis longtemps, les Arabes le transmirent entièrement transformé à leurs successeurs. »

« Le rôle des Arabes ne se borna pas uniquement à faire progresser les sciences par leurs découvertes. Ils les propagèrent aussi par leurs universités et leurs livres. L'influence qu'ils exercèrent à ce point de vue en Europe fut véritablement immense. Nous verrons, dans le chapitre spécial consacré à l'étude de cette influence, qu'ils furent pendant plusieurs siècles les seuls maîtres que les nations chrétiennes connurent et que c'est uniquement à eux que nous devons la connaissance de l'antiquité gréco-latine. Ce fut seulement dans les temps modernes que l'enseignement de nos universités cessa de reposer sur des traductions de livres arabes. »

§ 2. — LE MOUVEMENT SCIENTIFIQUE JURISPRUDENTIEL
ET LES ÉCOLES PRINCIPALES

- A) *L'évolution de la jurisprudence après les Compagnons.* — B) *Les deux tendances extrémistes : traditionnelle et rationnelle.* — C) *L'Ecole Hanafite.* — D) *L'Ecole Malikite.* — E) *L'Ecole Chaf'fite.* — F) *Appendice.* — G) *Le destin de ces Ecoles.*
-

A. — *L'évolution de la jurisprudence
après les Compagnons*

I. — L'action de la jurisprudence dépendait, comme on l'a déjà vu (v. p. 52), des questions nouvelles dont les solutions n'étaient mentionnées ni dans le Coran, ni dans la Sunnah.

La mort du Prophète et la conquête rapide des territoires étrangers étaient les deux facteurs de l'action jurisprudentielle (v. p. 52).

II. — Mais ces deux facteurs n'étaient pas suffisants aux Compagnons du Prophète pour que la jurisprudence constituât un mouvement scientifique proprement dit. L'étude du droit consistait seulement à apprendre les prescriptions du Coran et celles de la Sunnah enseignées par les Compagnons eux-mêmes. On n'en envisageait une solution qu'en présence d'un événement ou d'une consultation à propos d'une question nouvelle; les solutions nouvelles n'étaient fondées que sur des appréciations libres, inspirées par l'idée générale du bien et de la justice; par conséquent, il n'y avait ni d'écoles jurisprudentielles, ni de collections de jurisprudence.

Au Hedjaz, berceau de l'Islâm, la vie juridique était dominée, durant cette première période, par les prescriptions du Coran et les dispositions abondantes de la Sunnah. Certains actes de la vie courante au Hedjaz, comme dans toute l'Arabie, étaient légalisés par des prescriptions formelles; d'autres actes, étant passés sous

silence par le Prophète durant sa vie, étaient considérés comme légalisés par la Sunnah.

À l'extérieur du Hedjaz et de l'Arabie, la conquête de la Syrie, de l'Iraq, de la Perse et de l'Égypte était accompagnée d'une mission composée de juges et de savants choisis parmi les Compagnons du Prophète, dont les juges étaient investis des pouvoirs pour juger les procès, conformément aux prescriptions coraniques ou prophétiques, et les savants étaient chargés d'enseigner la religion et de répondre aux consultations juridiques.

III. — Mais, à la deuxième période de la jurisprudence, celle des Docteurs de l'Islâm, une évolution parfaite était accomplie, à la suite de la disparition successive des Compagnons, et elle a abouti à la création d'écoles jurisprudentielles. Chacune avait ses principes, son code relatif à sa doctrine, et ses disciples.

La disparition des Compagnons, avant que la Sunnah fut codifiée officiellement comme le Coran, avait suscité de l'incertitude sur la Sunnah au delà du Hedjaz. Tandis qu'au Hedjaz, la justification de la Sunnah, transmise oralement se confirmait par l'usage traditionnel qui remontait aux temps du Prophète.

Cet état de la Sunnah à l'extérieur du Hedjaz (causé par la disparition des Compagnons), était un nouveau facteur favorisant mieux l'action de la jurisprudence pour combler les lacunes, surtout dans l'Iraq, où les Compagnons du Prophète enseignant la Sunnah étaient moins nombreux qu'ailleurs (1). Par conséquent, la jurisprudence en Iraq comptait largement sur le raisonnement inductif; par contre, la jurisprudence dans le Hedjaz comptait presque uniquement sur la Sunnah (2) en raison de son abondance et de sa justification par l'usage traditionnel.

IV. — Ce nouveau facteur suscita depuis les débuts du VIII^e siècle deux tendances rationnelle et tradition-

(1) Cf. IBN-KHALDOUN, *Al-Mukaddimah*, Le Caire, éd. Mustafa-Muhammad, p. 445-446.

(2) Cf. AL-KHOUDARI, *L'Histoire de la Législation Islâmique*, Le Caire, 1920, p. 134; IBN KHALDOUN, *idem*, p. 446.

nelle extrémistes qui ont abouti à diviser la jurisprudence en deux écoles principales et modérées : l'Ecole de l'Iraq et l'Ecole du Hedjaz. (La Syrie et l'Egypte étant assimilées au Hedjaz en raison des centaines de notables Compagnons qui y ont résidé et enseigné) (1).

B. — *Les deux tendances extrémistes : traditionnelle et rationnelle*

I. — Dans une première tendance traditionnelle à l'extrême, quelques jurisconsultes refusaient de reconnaître le raisonnement par induction (2) comme une quatrième source du Droit islâmique; faute de texte, c'est seulement, disaient-ils, l'unanimité des jurisconsultes de l'époque qui compte (3).

II. — Dans une troisième tendance contraire, rationnelle à l'extrême, quelques jurisconsultes refusaient de reconnaître la Sunnâh (4), étant non codifiée, comme une source du Droit.

III. — Ni l'une ni l'autre n'ont pu résister devant les discussions savantes (5) et ont disparu en faveur des deux premières écoles principales et modérées : l'Ecole de l'Iraq ou Ecole Hanafite, ayant pour fondateur le Docteur Abou Hanifa, et l'Ecole du Hedjaz ou Ecole Malikite, ayant pour fondateur le Docteur Mâlik.

(1) Cf. AHMAD-AMYN, *Al-Duha*, t. II, p. 85, 100-101; AL-KHOUDARI, p. 190, 191.

(2) IBN AL-JAWZÎÉ, *A'lâm-ul-Muwakki-in*, Le Caire, éd. Nil, t. I, p. 85.

(3) Cf. IBN-KHALDOUN, *idem*, p. 446.

(4) Cf. AHMAD AMYN, *Al-Fajr*, Le Caire, 2^e éd., t. I, p. 285; AL-KHOUDARI, *idem*, p. 178-180.

(5) Un des Docteurs de l'Islâm : AL-CHAFT'I, représentant d'une troisième école, nous conserve dans ses ouvrages gigantesques ces discussions merveilleuses. Cf. ses ouvrages *Al-Um*, t. VII, p. 250 et la suite; AL-RÎÇALAH (cf. AL-KHOUDARI, *L'Histoire de la Législation islâmique*, Le Caire, 1920, p. 178, 199).

C. — *Ecole hanafite*

I. — L'origine de cette Ecole iraquienne remonte à **Abdullâh Ibn-Mas'ûd** (v. p. 53; m. 653), un des plus savants parmi les Compagnons du Prophète. Le deuxième successeur du Prophète, Omar, a nommé Ibn-Mas'ûd comme conseiller auprès du gouverneur et maître d'enseignement à Koufa (1); « Je vous ai envoyé, écrit Omar aux citoyens de Koufa, un conseiller et un maître d'enseignement parmi les plus savants des Compagnons du Prophète et dont je me prive pour vous » (2).

Comme Omar, Ibn-Mas'ûd s'inspirait largement dans ses solutions des appréciations libres basées sur l'Esprit de l'Islâm (3); il mentionnait rarement les textes de la Sunnah. Un de ses disciples, Al-Chaybâni, disait qu'Ibn-Mas'ûd passait quelquefois un an sans mentionner de texte prophétique (4). Cette tendance s'explique par les recommandations faites par Omar aux Compagnons avant leur départ pour l'Iraq : « Ne détournez pas les Musulmans du Coran pour la Sunnah; occupez-vous du Coran et citez peu de la Sunnah » (5). De même, pour garder le Coran intact et lui réserver la prépondérance, le Prophète empêchait de copier la Sunnah, mais ordonnait de copier le Coran, de citer oralement la Sunnah et « que soit maudit celui qui attribue au Prophète ce qu'il n'a pas dit » (6). C'est pourquoi la Sunnah n'a pas eu la chance d'être codifiée durant la période des Compagnons et qu'elle a fini en Iraq par être vouée à l'incertitude.

II. — Ainsi, l'Ecole hanafite fondée par le Docteur

(1) Ville construite au centre de l'Iraq sur l'ordre du Khalif Omar pour être la capitale de l'Iraq.

(2) Cf. AL-KHOUDARI, *L'Histoire de la Législation islâmique*, Le Caire, 1920, p. 121.

(3) Cf. AHMAD AMYN, *Al-Fajr*, Le Caire, deuxième édit., p. 282-283.

(4) *Idem*, p. 283.

(5) Cf. AHMAD AMYN, *idem*, p. 246.

(6) *Idem*, p. 245.

Abou Hanifa (696-767), portait l'empreinte de l'école rationnelle enseignée par Ibn-Mas'ûd. Abou Hanifa, né à Koufa, fut élevé sous la direction des disciples d'Ibn-Mas'ûd. Cependant, l'Ecole hanafite n'eut plus la tendance rationnelle extrémiste parce qu'elle comptait quand même sur le peu de la Sunnah justifiée par ses propres conditions rigoureuses.

III. — L'Ecole hanafite, se trouvant dans l'obligation de compter sur le peu des dispositions de la Sunnah, a excellé dans le raisonnement inductif. Aussi, elle a développé les principes coraniques et prophétiques avec une merveilleuse logique. Dans l'application des principes, elle observait avec subtilité l'idée de l'équité et de la bonne foi.

Une question ainsi conçue était posée à Abou Hanifa : « Deux hommes se sont associés pour trois drachmes d'argent, dont deux drachmes appartenaient à un seul homme et la troisième à l'autre; après que les trois drachmes aient été mélangées, deux ont été perdues; à qui appartient la troisième? » (1). Abou Hanifa répondit : « Les deux tiers de la drachme restante appartiennent à celui qui possédait deux drachmes dans l'association; le troisième tiers appartient à celui qui possédait une seule drachme ». Un autre jurisconsulte de la même école, Ibn Chubroumah, répondit que la drachme restante devait être partagée, la moitié à chacun.

Une discussion juridique s'était élevée entre ces deux Docteurs. Abou Hanifa justifiait sa réponse en disant que l'association dans ces trois drachmes mélangées sans distinction est déjà réalisée dans chaque drachme; par conséquent, le tiers de chacune sera au possédant d'une seule drachme et les deux autres tiers seront au possédant des deux drachmes. Ibn Chubroumah justifiait d'une autre logique : l'une des deux drachmes perdues appartient sans doute au possédant des deux drachmes; la deuxième peut-être appartient à chacun des deux associés, elle est alors comptée, faute de

(1) AHMAD AMYN, *Duhal-Islâm*, Le Caire, 1935, t. II, p. 188.

preuve, pour les deux ; en conséquence, la troisième restante devait être partagée : chacun en aurait la moitié.

IV. — Partant de cette liberté dans le raisonnement, Abou Hanifa enseigna durant trente années (737-767) et répondit à quatre-vingt-trois mille consultations (1). Ses réponses étaient accompagnées souvent par des discussions avec ses disciples et ses contemporains, qu'ils soient partisans d'une école rationnelle ou d'une école traditionnelle.

V. — Avec ses discussions abondantes et ses raisonnements libres, pratiqués sans cesse, surtout dans ses cours et avec ses disciples, Abou Hanifa suscita un mouvement scientifique jurisprudentiel étendu et apporta un service inappréciable à la science du droit. Les traditionalistes modérés ont compté deux cents solutions apportées par Abou Hanifa contrairement aux dispositions de la Sunnah, justifiées d'après leur propre méthode. Pour réduire le mouvement rationnel, ces derniers ont commencé d'abord à préciser leur attitude et leurs méthodes envers la Sunnah et sa justification ; ensuite ils ont rassemblé plusieurs recueils renfermant les textes de la Sunnah. Un premier recueil est apparu à Médine (Hedjaz), vérifié par un contemporain d'Abou Hanifa : le Docteur Mâlik (712-795), fondateur de l'école malikite, et classé méthodiquement dans la forme d'un livre de droit.

Une troisième école, qui eut pour fondateur Al-Chafi'i (768-820), disciple de Mâlik, a cumulé les caractéristiques des deux écoles précédentes et précisé, pour la première fois, dans un livre à part, et les règles de l'usage du raisonnement et la méthode la plus logique pour la justification de la Sunnah. Le fondateur de cette troisième école a été considéré avec raison pour le fondateur de « La science des sources du Droit islâmique » dont nous donnerons plus tard un aperçu suffisant.

VI. — Avant de passer en revue ces deux dernières écoles et « La science des sources du Droit islâmique »,

(1) AHMAD AMYN, *idem*.

précisons les caractéristiques fondamentales de l'école hanafite :

1° D'accord en principe avec toutes les autres écoles sur les quatre sources légales du Droit islâmique (voir p. 46), l'école hanafite précisa, envers la Sunnah, son attitude ainsi conçue (1) :

- La Sunnah n'est valable que quand elle est attribuée au Prophète et transmise dès l'origine par une multitude successive d'hommes bien connus et justes;
- Quand elle est attribuée au Prophète et transmise dès l'origine par un seul Compagnon, à condition que celui-ci l'ait transmise en présence d'une multitude de Compagnons et que ceux-ci ne l'aient pas désapprouvée;
- Quand elle est connue et approuvée à l'unanimité des jurisconsultes des principales villes (résidence des grands savants parmi les Compagnons);
- Dans tous les cas, la Sunnah n'est valable que si elle est compatible avec le Coran.

On remarquera que ces rigoureuses conditions devaient invalider plusieurs textes de la Sunnah.

2° Se trouvant en présence du peu de dispositions de la Sunnah justifiées d'après sa méthode, l'école hanafite était dans l'obligation de compter largement et avec beaucoup de liberté sur le raisonnement inductif et de chercher dans les textes coraniques et prophétiques :

- Les principes sur lesquels on doit fonder les appréciations des nouvelles solutions;
- Les buts du droit que l'on doit observer dans les raisonnements inductifs;
- La cause efficiente relative aux questions mentionnées et que l'on doit prendre comme guide dans les questions analogues (2).

On appréciera la valeur d'une pareille doctrine juris-

(1) Cf. AL-KHOUDARI, *L'Histoire de la Législation islâmique*, pages 184-186, 231.

(2) Cf. AL-KHOUDARI, p. 135-136.

prudentielle et on prévoiera aussi l'évolution savante qui sera accomplie dans le domaine du droit islâmique grâce à cette inspiration.

3° Partant des principes du Droit, de ses buts et des motifs effectifs (dans les solutions) qu'elle a dégagés et élaborés, l'école hanafite a excédé la mesure dans l'application des questions, non seulement posées par voie de consultations, mais aussi par voie de suppositions à l'infini (1) pour développer sa méthode et faire un corps complet du Droit.

Or, tous les autres docteurs contemporains d'Abou Hanifa se contentaient de mentionner, à côté des dispositions de la Sunnah, les solutions des questions en pratique, c'est-à-dire les solutions des questions seulement posées par voie de consultation.

VII. — D'après ces caractéristiques, on voit que l'Ecole hanafite a satisfait suffisamment la logique et enrichi le Droit. Mais elle n'a pu compter par rapport à la Sunnah que sur le peu de textes répandus à Koufa, berceau de cette Ecole. Il était normal que cette Ecole subisse sur ce point une réaction contraire dans les principales villes où abondait la Sunnah.

D. — *L'Ecole malikite*

I. — Cette Ecole du Hedjaz ou malikite eut pour fondateur le Docteur Mâlik (712-795), contemporain du Docteur Abou-Hanifa (699-767). Elle débuta à Médine dans le milieu auquel elle doit ses caractéristiques.

Etant le siège du Prophète, Médine fut habitée par des milliers de Compagnons et de leurs disciples, instituteurs et transmetteurs de la Sunnah. Aussi, tous les actes de Médine furent légalisés directement par des lois prophétiques dont l'usage traditionnel, depuis la mort du Prophète (632), fut considéré comme indiscutable.

II. — Par là-même, on voit les raisons qui ont réservé à cette Ecole une caractéristique traditionnelle, la

(1) Cf. AHMAD-AMYN, *Al-Duha*, t. II, p. 164.

Sunnah étant abondante et justifiée par l'usage des Médinois; tandis que l'Ecole hanafite d'Iraq a eu par contre une caractéristique rationnelle.

Toutefois, l'Ecole malikite n'était pas traditionnelle à l'extrême, car elle était d'accord avec l'Ecole hanafite de recourir, faute de textes, au raisonnement inductif; mais elle y recourait rarement, contrairement à l'Ecole hanafite. et quelquefois ses disciples se méfiaient ou hésitaient.

III. — Cette caractéristique se manifeste dans l'œuvre que Mâlik avait élaboré : « *Al-Muwatta'* » et qui était un recueil comprenant essentiellement les textes de la Sunnah et les solutions apportées par les Compagnons du Prophète, classés méthodiquement sous la forme d'un code complet de droit. Quelquefois Mâlik y ajouta quelques questions qui devaient avoir par analogie les mêmes solutions que celles mentionnées dans la Sunnah ou adoptées par les disciples du Prophète. Parfois il signala, à propos d'une question, les appréciations unanimes des jurisconsultes de Médine.

Dans l'ensemble, l'œuvre de Mâlik est un recueil de citations légales avant d'être l'œuvre d'une école jurisprudentielle; les discussions y manquent et les suppositions, qui abondaient chez Abou-Hanifa, sont rares chez Mâlik.

IV. — Cette tendance chez Mâlik s'explique par deux facteurs autres que l'influence de Médine où abondait la Sunnah.

Un premier facteur était la tendance rationnelle extrémiste de l'Iraq (1), qui a suscité d'abord dans l'Iraq même une Ecole rationnelle modérée : l'Ecole hanafite, tandis qu'à l'extérieur de l'Iraq, où abondait la Sunnah, la réaction s'est manifestée dans un mouvement de compilation qui a abouti à Médine à ce premier recueil de la Sunnah : « *Al-Muwatta'* ».

Un deuxième facteur était l'appel que le Khalif Ibn 'Abdul-Aziz (717-720) a fait à son représentant à Mé-

(1) Voir p. 78 : B.

dine pour recueillir ce qu'il y avait de la Sunnah afin d'éviter sa disparition. Cette nouvelle nous est apportée par le Docteur Mâlik dans son ouvrage (1).

V. — D'après cet aperçu général, l'ensemble des caractéristiques se précise dans les affirmations suivantes :

- 1° L'usage traditionnel de Médine, reçu par ses jurisconsultes, passe comme légalisé par la Sunnah (2) ;
- 2° Un texte de la Sunnah n'est valable qu'à deux conditions (3) : quand il est pratiqué par un jurisconsulte des Compagnons et quand l'usage de Médine n'est plus en contradiction à ce propos ;
- 3° Les solutions apportées par les grands jurisconsultes des Compagnons ont, faute de textes, la même autorité que la Sunnah (4) ;
- 4° L'appréciation par induction est valable, faute de textes, quand il s'agit d'un raisonnement par analogie (*qiâs*) ou quand il s'agit d'une appréciation libre dont le principe est protégé par l'Islâm (*Al-Maḥalih ul-Mursalah*, v. p. 60 : IV) (5) ;
- 5° Les solutions inductives apportées par Mâlik sont limitées et dépendantes des questions en pratique, surtout à Médine ; les discussions y manquent.

VI. — Par là, on aperçoit que Mâlik n'a compté que très peu sur le raisonnement inductif, ayant pris, sans réserve, les solutions des grands jurisconsultes des Compagnons comme indiscutables et étant limité dans ses solutions aux questions en pratique à Médine.

De même, il a donné une autorité absolue à l'usage de Médine et il a compté exclusivement sur la Sunnah connue dans cette ville.

Sur ces points de vue, les jurisconsultes de l'époque n'étaient plus d'accord avec lui, privant d'abord les solutions des Compagnons de toute préférence quand il

(1) AL-KHOUDARI, p. 140-141.

(2) AHMAD AMYN, *Al-Duha*, t. I, Le Caire, 1935, p. 211.

(3) AL-KHOUDARI, p. 186.

(4) AHMAD AMYN, p. 212.

(5) Cf. AL-KHOUDARI, *idem*, p. 241-243.

s'agit d'une appréciation inductive (1); et considérant enfin que les Compagnons transmetteurs de la Sunnah se sont dispersés après la conquête pour enseigner dans tous les pays, particulièrement en Syrie, il n'était alors plus logique de compter exclusivement sur la Sunnah connue à Médine (2). Al-Chafi'i, l'éminent disciple de Mâlik, critiqua son professeur, perfectionna ce mouvement scientifique jurisprudentiel en fondant « La science des sources du Droit islâmique », et devint le maître d'une nouvelle école.

E. — *L'Ecole châfi'ite*

1. — L'Ecole chafi'ite eut pour fondateur le Docteur Al-Chafi'i (768-820), né à Gaza (3). Al-Chafi'i fut amené deux ans après sa naissance à La Mecque (Hedjaz), où il fut élevé et où il fit de brillantes études, jusqu'à ce qu'il eut la capacité d'un jurisconsulte. Il obtint l'autorisation de répondre aux consultations et il demanda alors à son professeur : Al-Zinji, le jurisconsulte le plus considéré à La Mecque, de le recommander au Docteur Mâlik, à Médine (4), dont il suivit les cours jusqu'à mort (795) de ce dernier.

Puis il fut emmené au Yémen par le représentant du Khalife Haroun-Al-Rachid, qui lui confia un poste. Cinq ans après, il fut présenté, par ordre officiel, au Khalif : Haroun Al-Rachid, pour qu'il puisse se défendre d'une accusation politique, laquelle fut, par la suite, reconnue fausse.

Après qu'il eût été libéré, il rejoignit en Iraq le Docteur Ibn-Al-Haçan, juge très considéré par le Khalif

(1) Cf. AHMAD AMYN, *Al Duha*, t. II, p. 212; AL-GHAZALI, *Al-Mustasfa*, Le Caire, 1322 Hégir, t. I, p. 260-274; IBN-CHAKUR, *Musallam-ul-Subut*, Le Caire, 1322 Hégir, t. II, p. 185-188.

(2) *Idem*, AL-KHOUDARI, p. 188-191.

(3) Ville maritime de la Syrie (Palestine), d'où la gaze, étoffe légère et transparente, est originaire.

(4) Cf. AL-KHOUDARI, p. 253.

comme un des plus brillants des disciples d'Abou Hanifa et représentant suprême de l'Ecole hanafite. Il étudia chez Ibn-Al-Haḡan tous les gigantesques ouvrages élaborés d'après la méthode hanafite et il engagea avec l'auteur des discussions savantes dont le Khalife prit connaissance avec admiration (1).

Un partisan de l'Ecole chafi'ite, Ibn Hajar, dit : « A Médine, la science du droit a fini par avoir pour chef le Docteur Mâlik et en Iraq le Docteur Abou Hanifa. Al Chafi'i a cumulé la méthode de l'école traditionnelle et celle de l'école rationnelle, puis il en a fait une troisième différente en formulant les principes et élaborant les règles (de la science des sources du droit islâmique). Sa méthode fut reconnue avec admiration par les Docteurs de l'Islâm » (2).

Après avoir séjourné longtemps en Iraq, Al-Chafi'i retourna à La Mecque qui était, à cause du pèlerinage annuel, l'assemblée des savants de tous les pays. Là, il se mêla à eux, il développa les points de vue scientifiques et il échangea les observations sur sa méthode (3).

Quelques années après, à la mort d'Ibn-Al-Haḡan, il retourna en Iraq. Cette fois, une grande partie des savants de l'Iraq se rallièrent à son école. Il dicta durant deux années un ouvrage complet du Droit, basé à la fois sur la Sunnah et le raisonnement inductif, rempli de solutions jurisprudentielles concernant les questions en pratique et les questions supposées, avec une démonstration bien développée et une discussion très serrée. Cette première œuvre fut nommée plus tard « l'ancienne doctrine chafi'ite » ou « la doctrine chafi'ite de Bagdad ».

Puis il retourna au Hedjaz. Un an après, il retourna en Iraq où il ne resta cette troisième fois que quelques mois.

Quittant Bagdad définitivement, il se rendit en Egypte (815) où étaient répandues les deux écoles malikite et

(1) Cf. AL-KHOUDARI, p. 254-255.

(2) Cf. AHMAD AMYN, *Al Duha*, t. II, p. 220.

(3) Cf. AL-KHOUDARI, p. 255.

hanafite. Là, comme dans tous ses voyages, il se mêla encore aux jurisconsultes et il dicta pour la deuxième fois son œuvre de Droit, corrigée par des rectifications importantes, d'après lesquelles cette deuxième dictée fut connue sous le nom : « la nouvelle doctrine chafi'ite » ou « la doctrine chafi'ite de l'Egypte ».

II. — Dans ce rapide aperçu sur l'apparition de l'Ecole chafi'ite, on remarquera les nombreux facteurs qui avaient contribué à la formation de cette doctrine :

- a) D'abord c'est l'école traditionnelle du Hedjaz, qui est représentée par l'Ecole mâlikite dont nous avons vu les caractéristiques;
- b) Ensuite c'est l'Ecole rationnelle de l'Iraq, qui est représenté par l'Ecole hanifite avec ses propres caractéristiques;
- c) Puis ce sont ses nombreux voyages pendant lesquels il cherchait en premier lieu à recueillir les textes de la Sunnah dispersés par les Compagnons dans tous les pays; plusieurs collections ont été rassemblées pendant la deuxième moitié du VIII^e siècle (1) :
 - 1° A La Mecque, celle d'Ibn Jurayj (m. 767);
 - 2° A Médine, celle d'Ibn Ishâk (m. 768);
 - 3° A Médine, celle de Mâlik (m. 795);
 - 4° A Basrah, celle d'Ibn Abi 'Aroubah (m. 773);
 - 5° A Basrah, celle d'Ibn Sabih (m. 777);
 - 6° A Basrah, celle de Hammad Ibn Salamah (m. 792);
 - 7° A Koufa, celle de Sufian Al Sawri (m. 778);
 - 8° En Syrie, celle d'Awzâ'i (m. 773);
 - 9° Au Yémen, celle de Ma'Mar (m. 770);
 - 10° A Khuragan, celle d'Ibn Al-Mubarak (m. 797);
 - 11° En Egypte, celle d'Ibn Sa'd (m. 791).
- d) Enfin ce sont notamment son talent et les innombrables discussions qu'il a engagées avec les savants de tous les pays, soutenues par une démonstration admirable, dont une grande partie est conservée dans ses ouvrages.

(1) Cf. AHMAD AMYN, *Al-Duha*, t. II, p. 107.

III. — L'Ecole chafi'ite doit ses caractéristiques aux facteurs principaux que nous venons de signaler.

a) Son attitude envers la Sunnah était tout à fait différente de celle des deux autres écoles : hanafite et mâlikite, et des autres jurisconsultes extrémistes.

En principe, la Sunnah est la deuxième source du Droit islâmique, mais sa justification ne dépend plus de la multiplicité successive des agents transmetteurs du texte (E. hanafite, v. p. 81-82 : VI), ni de l'usage d'un Compagnon, ni de l'approbation des usages de Médine (E. Mâlikite) ; elle dépend seulement de l'étude biographique approfondie de l'agent transmetteur et du degré de confiance que l'on pouvait lui accorder. C'est ainsi que l'Ecole chafi'ite était plus documentée par la Sunnah que toute Ecole précédente, en tenant compte des voyages du fondateur et de l'apparition des nombreuses collections de la Sunnah. Mais il ne faudrait pas croire à la tolérance du fondateur dans ses études biographiques ; au contraire, il était si rigoureux qu'il avait dû rejeter dans l'incertitude plusieurs textes de la Sunnah qui étaient acceptés comme légaux par Abou Hanifa et Mâlik, malgré leurs strictes méthodes.

b) Quant au raisonnement inductif, Al-Châfi'i n'a reconnu que celui qui était modelé sur des exemples et appliqué sur des principes mentionnés dans le Coran et la Sunnah (1). Il a accepté le raisonnement par voie d'analogie, reconnu par les deux premières écoles ; il l'a détaillé et rendu plus clair, il en a fait une méthode systématique ; par contre, il a rejeté et attaqué violemment « les appréciations libres », dont la confusion conduisait parfois à contrecarrer les textes légaux (2).

c) Animé d'un goût merveilleux des controverses, Al-Châfi'i a fait de ses discussions démonstratives la base de chaque question. Souvent, ce sont des opinions divergentes de plusieurs Docteurs qu'il nomme dans ses ou-

(1) Cf. AL-KHOUDARI, p. 199-200.

(2) *Idem*, p. 199-203.

vrages et les discute pour démontrer les siennes ; quand il n'en trouve pas, il suppose alors une personne qui discute avec lui la démonstration et la solution.

La suite de la controverse et les nuances multiples de la démonstration passionnent le lecteur avant la solution ; c'est parce qu'il veut non seulement démontrer la solution adoptée, mais aussi la faillite des autres solutions qui existent ou qui peuvent être imaginées : « Il ne faut pas, dit-il, décider la solution avant de t'assurer minutieusement d'avoir raison, et il ne faut pas t'abstenir d'écouter celui qui te contredit ; en l'écoutant, tu posséderas plus d'attention pour éviter l'erreur et t'assurer de la juste appréciation que tu as adoptée ; efforces-toi en cela, tant que possible et avec conscience, afin que tu saches bien les raisons qui t'ont décidé à adopter une telle solution et rejeter une autre ; sois aussi scrupuleux pour ton appréciation que pour celle de ton adversaire, car tu dois savoir aussi la supériorité d'après laquelle tu as préféré la tienne et renoncé à la sienne » (1).

IV. — On voit que le Docteur Al-Châfi'i a cumulé avec excellence les particularités des deux premières Ecoles hanafite (rationnelle) et mâlikite (traditionnelle).

A la suite de ses innombrables discussions scientifiques engagées avec les Docteurs de tous les pays, il a fini par préciser la méthode de son école dans un ouvrage intitulé : « *Al-Riçalah* ». C'est une innovation par laquelle le mouvement jurisprudentiel a traversé le domaine des discussions sur les solutions mêmes pour préciser d'abord les principes généraux qui doivent être observés dans les raisonnements ; ou plutôt c'est une innovation par laquelle on a abouti à systématiser la « Jurisprudence ».

Cette innovation a esquissé et créé une science nouvelle : « La science des sources du Droit islâmique », dont nous donnerons un sommaire dans un paragraphe particulier. Toutefois, il faut remarquer que cette innovation n'était en vérité qu'une sorte de précision aux

(1) Cf. AL-CHAFF'I, *Al-Riçalah*, Le Caire, 1312 Hégir, p. 136.

principes et aux règles déjà en pratique dans les deux premières écoles.

F. — *Appendice*

Ces trois Ecoles, auxquelles je me suis limité, ne sont que les trois principales Ecoles qui existent encore aujourd'hui et qui sont répandues dans tout le monde musulman. J'ai dû passer sous silence plus d'une dizaine d'Ecoles jurisprudentielles qui ont précédé les trois premières ou qui les ont accompagné, mais qui n'ont pas eu de caractéristiques plus essentielles et qui ont disparu en faveur des trois Ecoles ci-dessus.

De même, je passe sous silence une quatrième Ecole, « L'Ecole hanbalite », qui existe encore aujourd'hui et qui eut pour fondateur le Docteur Ibn Hanbal (781-855), un des brillants disciples du Docteur Al-Chafi'i, mais qui était plus attaché à la tradition et avait une tendance presque extrémiste. Pour cela, elle n'a pu gagner, autrefois comme aujourd'hui, que peu de partisans.

G. — *Le destin de ces écoles*

I. — Nous avons déjà signalé la formation des trois principales Ecoles jurisprudentielles et nous avons précisé leurs caractéristiques respectives. Mais une ardeur scientifique incroyable fut apportée par les jurisconsultes qui ne permit pas à ces Ecoles de se cristalliser dans le domaine limité de leurs particularités respectives.

II. — Aucun savant ne se permettait de faire le jurisconsulte et d'apporter ses appréciations en présence des événements avant d'avoir fait ses études en droit chez plusieurs Docteurs ayant chacun ses particularités dans la science du Droit. Le Docteur Al-Châfi'i disait : « Personne ne doit donner ses appréciations inductives qu'à condition d'être au courant de toutes les prescrip-

tions légales, de toutes les appréciations des prédécesseurs, quelle que soient leurs opinions unanimes ou divergentes; et à condition de comprendre minutieusement les motifs effectifs de ces questions » (1). De même s'exprimait le Docteur Muhammad Ibn Al-Haçan (2), un des professeurs du Docteur Al-Châfi'i et le disciple le plus brillant d'Abou-Hanifa.

III. — Cette attitude envers l'étude du Droit a poussé les amateurs à engager plusieurs longs voyages, souvent pénibles et coûteux, dans le but d'acquérir de nouvelles connaissances et de perfectionner celles qu'ils possédaient, par voie de nombreuses discussions scientifiques, qui ont enrichi le Droit islâmique et qui ont provoqué l'admiration des lecteurs.

a) Le Docteur Abou Hanifa n'a pas manqué de visiter à Médine son plus jeune contemporain, le Docteur Mâlik, et de discuter avec lui sur plusieurs questions.

b) Le Docteur Muhammad Ibn Al-Haçan, disciple d'Abou Hanifa, n'a pas manqué, après la mort de son professeur, de rejoindre le Docteur Mâlik pour perfectionner la doctrine hanafite d'après la méthode mâlikite; puis il est retourné en Iraq plus riche de textes de la Sunnah que son maître et il est resté le propagateur chaleureux de l'Ecole hanafite. Dans un de ses nombreux ouvrages, il a développé l'œuvre de Mâlik en ajoutant à chaque paragraphe les opinions d'Abou Hanifa, qu'elles soient concordantes ou divergentes, et en exposant, le cas échéant, les motifs de divergence. Dans un autre réservé aux critiques des jurisconsultes médinois sur plusieurs questions, il a soutenu les appréciations d'Abou Hanifa.

c) Le Docteur Al-Châfi'i était plus actif dans ses nombreux voyages, comme nous l'avons déjà signalé. Il avait commencé ses études à La Mecque; puis il les a perfectionnées à Médine chez le Docteur Mâlik; ensuite il est parti au Yémen; enfin il est allé chez le Docteur

(1) Cf. AL-CHAFF'I, *Al-Riçalah*, Le Caire, 1312 Hégire, p. 136.

(2) Cf. IBN AL-JAWZIÉ, *A'lâmul-Muwakkine in*, Le Caire, éd. Nil, t. I, p. 75.

Ibn Al-Haçan. Il a cumulé les méthodes traditionnelles et rationnelles et il en a dégagé une troisième plus systématisée. Il a rapproché ainsi les deux Ecoles par des discussions dignes d'admiration, dans lesquelles il était quelquefois d'accord avec le professeur Mâlik pour critiquer l'Ecole hanafite, quelquefois d'accord avec le professeur hanafite Ibn Al-Haçan pour critiquer l'Ecole mâlikite, quelquefois innovateur pour les critiquer toutes deux.

d) Citons un quatrième exemple : le Docteur Açađ Ibn-ul-Furat, disciple de Mâlik et un des propagateurs les plus actifs de l'Ecole mâlikite. Originaire de Niçabur (Perse), Açađ avait commencé ses études à Médine, chez Mâlik. Après la mort de Mâlik, il est parti en Iraq où il les a perfectionnées chez les disciples d'Abou Hanifa, spécialement le Docteur Ibn Al-Haçan et il a recueilli, parmi les questions abondantes de l'Ecole hanafite, celles qui n'existaient pas dans l'Ecole mâlikite; puis il est parti en Egypte où il a rencontré les grands disciples de Mâlik, c'est avec eux qu'il a examiné, d'après la méthode mâlikite, les nouvelles questions mentionnées à l'Ecole hanafite et il en a fait, avec les questions solutionnées directement par Mâlik, une œuvre intitulée : « *Al-Mudawanah* », le code essentiel de la doctrine mâlikite. Enfin, Ibn Alfurat est allé à Kairouan (Tunisie) où il a enseigné ce code.

IV. — Ces voyages et ces emprunts mutuels entre ces écoles nous montrent dans quelle mesure se préparait, de bonne heure, l'assimilation entre elles. Quand on consulte aujourd'hui le corps de droit élaboré d'après chaque Ecole, à partir du x^e siècle, on n'aperçoit plus la différence que nous avons signalé dans les caractéristiques respectives. Dans toutes les Ecoles, la Sunnah et les raisonnements inductifs abondent; d'autre part, dans les manuels élaborés en Espagne par exemple, extrémité de l'empire arabe en Occident, on trouve mentionnées les mêmes questions qui avaient été discutées en Orient jusqu'à l'Inde et réciproquement. Une seule différence doit être signalée, ce sont les appréciations diverses qui peu-

vent être apportées à chaque question suivant les raisonnements personnels des jurisconsultes de chaque Ecole.

§ 3. — LA LITTÉRATURE JURIDIQUE DES ÉCOLES

A) *L'immensité de la littérature et ses facteurs.* — B. *Les variétés de la littérature*

A. — *L'immensité de la littérature et ses facteurs*

I. — Le mouvement jurisprudentiel dans le Droit islâmique a eu de bonne heure une littérature juridique immense et riche par ses questions de tous ordres, qu'aucun autre droit ne pourra égaler.

II. — Cela est redevable à plusieurs facteurs capitaux :

1° Comptant sur les principes et les prescriptions du Coran et de la Sunnah, les Etats islâmiques, jusqu'au xix^e siècle, n'ont pas voulu, en présence des nouvelles questions, priver les juges de leurs libertés et de leurs appréciations inductives. Le Khalif abassid « Al-Mansour » (720-775) et son petit-fils, le Khalif Haroun-Al Rachid (763-809) avaient voulu adopter l'ouvrage du Docteur Mâlik et le promulguer, afin que les juges se conformassent uniquement à ses dispositions ; mais Mâlik leur conseilla de ne pas restreindre la liberté jurisprudentielle (1).

2° Le deuxième facteur était l'épanouissement du mouvement scientifique jurisprudentiel dans tout l'empire arabe islâmique. Chaque pays avait ses propres actes juridiques relatifs à ses conditions économiques,

(1) Cf. AHMAD AMYN, *Al-Fajr*, 2^e éd., t. I, p. 260-261.

dont plusieurs questions n'étaient pas mentionnées dans le Coran et la Sunnah et demandaient des solutions inductives. Les principaux centres de l'étude du Droit islâmique étaient ainsi créés dans les trois parties du monde, en Afghanistan sur les confins de la Chine; « Niçabour » en Perse; « Bagdad, Koufa et Basra » en Iraq; « Homs et Damas » en Syrie; « Médine et La Mecque » en Arabie; « Le Fistât » en Egypte; « Kairouan » en Tunisie; « Cordoue, Grenade et Tolède » en Espagne.

3° Soulignons enfin le pèlerinage annuel à La Mecque entrepris par tous les Musulmans, qui a facilité la réunion des savants des trois parties du monde et l'échange de leurs opinions et de leurs œuvres.

III. — On voit sous quelles conditions s'est développé le Droit islâmique.

La liberté accordée aux juges dans un vaste empire a placé le mouvement jurisprudentiel en pleine action avec une ardeur incomparable.

Le Droit islâmique s'est trouvé doté d'une littérature immense et variée, composée de questions de tous pays et de toutes nuances.

B. — *Les variétés de la littérature*

I. — La présente Thèse étant un essai, il m'est impossible de décrire, même sommairement, les œuvres principales de ce mouvement. Mais il suffit de signaler ses variétés.

II. — Dans une première variété, ce sont des recueils méthodiques de la Sunnah, dans lesquels sont classées en livres les dispositions relatives à chaque institution du Droit; puis les livres sont divisés en chapitres, et on ajoute à la fin de chaque chapitre quelques questions assimilées d'après l'auteur aux cas semblables, ou considérées comme application aux principes mentionnés. L'exemple typique est l'ouvrage du Docteur Mâlik, intitulé : « *Al-Muwatta'* ».

III. — Dans une deuxième variété, ce sont des ouvrages jurisprudentiels réservés au pratique, contenant les dispositions du Droit islâmique suivant l'Ecole adoptée par chaque auteur, classés encore méthodiquement dans des livres et chapitres. L'exemple typique est l'œuvre volumineuse du Docteur hanafite Ibn Al-Haçan, intitulée « *Al-Mabsout* », qui contient une centaine de milliers de questions (1); les démonstrations des solutions y manquent (2), parce que l'auteur était un juge et il paraît qu'il a voulu réserver son œuvre au pratique. Mais ces lacunes étaient comblées par d'autres ouvrages élaborés à part, constituant une troisième et quatrième variété.

IV. — Dans cette troisième variété, Ibn Al-Haçan a fait un recueil qui contient tous les textes servant de fondement aux appréciations de l'école hanafite.

V. — Dans une quatrième variété, ce sont des ouvrages de critiques scientifiques. L'exemple est un autre ouvrage du Docteur Ibn Al-Haçan, intitulé : *La réplique aux Médinois*, dans lequel il a rassemblé les questions controversées entre son maître le Docteur Abou Hanifa et les jurisconsultes de Médine, principalement le Docteur Mâlik, et il a soutenu les appréciations relatives d'Abou Hanifa. A son tour, le Docteur Al-Châfi'i, disciple de Mâlik et d'Ibn Al-Haçan, a critiqué profondément cet ouvrage; il était quelquefois d'accord avec les Médinois, il a appuyé de plus leurs appréciations et il a répliqué à Ibn Al-Haçan. Parfois, il était d'accord avec celui-ci et il l'a soutenu par d'autres arguments; parfois il était contre les deux méthodes. Il en a fait la démonstration avec excellence et a inspiré, aux hommes du Droit, un goût juridique merveilleux. Voici un exemple emprunté à l'œuvre de Châfi'i intitulée « *Al-Um* » (3).

« Dans une question où il s'agit d'un homme qui fut assassiné par un meurtrier après que la victime eut été

(1) AL-KHUDARI, p. 283.

(2) *Idem*, p. 305.

(3) Cf. AL-KHUDARI, *idem*, p. 305-309.

tenue par un autre homme, Abou-Hanifa répondit que seulement le meurtrier devait être exécuté. Quant à celui qui avait tenu la victime, il devait être puni et emprisonné. Les Médinois répondirent que le complice devait aussi être exécuté, s'il croyait que l'assassinat serait accompli ».

Le Docteur Ibn Al-Haçan soutint l'appréciation d'Abou Hanifa. Il refusa d'abord d'assimiler à l'auteur du meurtre le complice qui a seulement tenu la victime.

Ensuite, il discuta l'opinion conditionnelle du Docteur Mâlik envers le complice, en disant : « L'exécution du complice sera donc basée sur sa propre conjecture qui peut être erronée ».

Puis il fit plusieurs objections aux Médinois d'après leurs opinions contraires dans d'autres questions semblables. Citons-en une première : il s'agit d'un homme qui a indiqué, sans y être forcé, la cachette de quelqu'un poursuivi par son adversaire pour le tuer ; l'indicateur ayant croyance que le réfugié serait tué. Ibn Al-Haçan oppose cette question et plusieurs autres semblables, où le complice n'était pas assimilé par les Médinois à l'auteur du meurtre et il demande : quelle différence ?

Le Docteur Al-Châfi'i, à son tour, soutint d'abord l'opinion du Docteur Abou Hanifa par voie d'interprétation d'une prescription coranique qui a prescrit, dans les attentats contre la personne, l'exécution du meurtrier en raison de son acte ; et il précisa que personne ne peut, suivant le texte coranique, voir dans l'acte du complice qui a tenu la victime un acte de meurtre, et que l'appréciation des Médinois va évidemment contre le texte légal. Puis il critiqua l'opinion du Docteur Mâlik qui avait considéré l'acte du complice (consistant en tenant la victime avec la croyance qu'elle sera tuée) comme l'acte du meurtrier ; il fit l'objection que, si on considère cet acte comme suffisant pour l'exécuter, il faudrait alors l'exécuter, quoique le meurtre n'a pas été accompli, parce que le complice avait fait complètement son acte criminel ; mais ni Mâlik, ni aucun autre ne justifie cette prétention. Enfin, Al-Châfi'i critiqua Ibn Al-

Haçan pour les objections qu'il avait relevées contre Mâlik sans faire attention qu'il avait lui-même jugé autrement, dans des cas pareils. Il souligna une question où il s'agit d'un groupement terroriste, divisé en deux parties, qui a barré une route et commis un meurtre ; la première partie faisait le guet pour empêcher, le cas échéant, l'arrivée d'un secours, et la deuxième partie avait commis le crime. Dans cette question, Ibn Al-Haçan condamna avec Mâlik la première partie qui n'a pas commis l'acte du meurtre à la même peine que la deuxième partie qui fut l'auteur du crime.

Cet ouvrage dont j'ai cité un exemple est un ouvrage parmi d'autres innombrables qui représentent cette quatrième variété considérable dans la littérature juridique du Droit islâmique

VI. — Dans une cinquième variété, ce sont des œuvres comparatives complètes entre les Ecoles. Ibn Al-Haçan a pris l'œuvre de Mâlik intitulée « *Al-Muwatta'* » et il en a fait une étude comparative approfondie entre les deux Ecoles hanafite et mâlikite, en ajoutant à chaque chapitre les opinions d'Abou Hanifa, concordantes ou divergentes, et en expliquant les motifs de divergence. Cette variété d'œuvres juridiques a pris plus tard une expansion considérable, à tel point qu'elle a formé une science à part intitulée « la science des divergences » et elle a embrassé la comparaison complète des quatre Ecoles jurisprudentielles qui existent toujours : Hanafite, Mâlikite, Châfi'ite et Hanbalite. L'œuvre la plus documentée et la plus répandue est celle du juge de Cordoue, le philosophe IBN RUSHN (Averrhoès) (1125-1199), intitulée « *Bidayad-ul-Mujtahid* ».

VII. — Dans une sixième variété viennent les œuvres les plus fréquentes qui consistent à faire un corps complet du Droit d'après chaque école, dont toutes les règles sont accompagnées par leurs fondements et leurs démonstrations savantes sur les opinions controverses. L'exemple typique est l'œuvre volumineuse du Docteur Al-Châfi'i, intitulée « *Al-Um* », dont nous avons cité un exemple dans la quatrième variété.

VIII. — Enfin, dans une septième variété, viennent les œuvres réservées à « la science des sources du Droit islâmique », qui consistent à préciser les sources du Droit et à développer la méthode et les principes jurisprudentiels de chaque Ecole, en donnant comme application plusieurs exemples de questions juridiques qui aident à démontrer et éclaircir la méthode. Chaque docteur avait sa méthode jurisprudentielle propre, dont les principes constituaient le point de départ de ses raisonnements inductifs. Mais le Docteur Al-Châfi'i eut l'honneur de préciser pour la première fois sa méthode dans un manuel à part où il a démontré d'abord que les sources du Droit islâmique sont au nombre de quatre, ainsi conçues : le Coran, la Sunnah, l'Ijmâ' et l'Ijtihâd; et il a déterminé son attitude en face de chaque source, par des principes qui sont à la base de ses raisonnements inductifs. Ainsi, Al-Châfi'i fut considéré comme le fondateur de cette science qui a fait des progrès considérables, qui a rendu des services à la jurisprudence et l'a systématisée. Dans le paragraphe suivant, réservé à cette science, nous donnerons un sommaire qui esquissera sa structure.

§ 4. — LA SCIENCE DES SOURCES DU DROIT ISLAMIQUE

SECTION I. — *Généralités.* — SECTION II. — *Interprétation de la loi.*

SECTION III. — *Complément de la loi par voie de « raisonnement inductif ».*

SECTION I. — *Généralités*

A) *Définition de cette science.* — B) *Son contenu.* — C) *Définition du droit, ses groupes.* — D) *Conditions des lois légales.* — E) *Les assujettis à la loi.* — F) *Conditions de la capacité des assujettis.*

A. — *Définition de cette Science*

La Science des sources du Droit islâmique est la connaissance des règles servant à fournir, suivant les preuves, des solutions aux questions du Droit (1).

B. — *Son contenu*

I. — Pour répondre à cette tâche, la Science des sources du Droit islâmique précise d'abord plusieurs généralités préliminaires :

- 1° La définition du droit, ses groupes;
- 2° Les conditions des lois légales;
- 3° Les assujettis à la loi;
- 4° Les conditions de la capacité des assujettis.

II. — Ensuite, elle détermine les sources du Droit islâmique et démontre qu'elles sont au nombre de quatre : le Coran, la Sunnah, l'Ijmâ' et l'Ijtihâd; ce sont les sources que nous avons déjà expliquées en donnant quelques généralités (v. p. 36-41).

III. — Puis, elle s'occupe de traiter en détail les principes que l'on doit observer pour « déterminer précisé-

(1) Cf. IBN-ABDUL-CHAKUR, *Muḥallamul-Subût*, Le Caire, 1322 Hégir, t. I, p. 14.

ment le sens des textes » et ne pas leur faire dire ce qu'ils ne veulent pas dire; en résumé, ce sont les règles servant à interpréter la loi.

On examine les textes dans leurs deux points essentiels :

- 1° Les « mots » suivant le sens qu'ils indiquent; c'est une étude relative à l'expression et à ses espèces avec leurs règles respectives;
- 2° Les « sens » suivant le moyen par lequel on les obtient; c'est une étude relative uniquement à la portée du sens et à ses espèces avec leurs règles respectives.

IV. — Dans un troisième point, on examine les textes du Droit, non pour savoir l'espèce de l'expression ou l'espèce du sens et le résultat respectif, mais pour « dégager et préciser la cause efficiente » ou pour mieux dire « déterminer l'esprit de la loi » dans chaque prescription, afin que l'on puisse formuler de nouveaux principes de justice aidant à résoudre, par voie de raisonnement inductif, les questions non mentionnées.

Cette partie de la science des sources du Droit islamique constitue avec ses règles la partie la plus radicale de la jurisprudence, aidant à développer le Droit ou plutôt à compléter la loi.

V. — Pour continuer la partie précédente basée sur le raisonnement inductif, la Science des sources du Droit traite encore les règles nécessaires pour conduire une controverse jurisprudentielle. Elle précise les nuances de la discussion et elle souligne les moyens d'opposition valables ou non.

Cette partie nous signale l'existence d'un mouvement jurisprudentiel scientifique si répandu et développé, qu'il a abouti à être systématisé même dans la conduite de la discussion.

VI. — Enfin, la Science des sources du Droit traite avec importance plusieurs généralités concernant principalement :

- 1° Les conditions du jurisconsulte, ses devoirs et ses caractéristiques;

2° L'autorité de ses appréciations avant ou après le jugement;

3° Le classement des jurisconsultes suivant leur capacité de fondateur d'école ou partisans.

VII. — Maintenant que nous avons expliqué l'idée générale de cette science (1), on voit qu'il serait impossible d'en reproduire un résumé suffisant dans cette Thèse d'une nature historique. Cependant je vais ajouter quelques renseignements relatifs aux traits les plus essentiels. Dans cette section, je continuerai à souligner les généralités préliminaires; dans les deux sections suivantes, je soulignerai les règles de l'interprétation de la loi et les règles du développement du Droit.

C. — Définition du droit, ses groupes

I. — Le Coran, comme nous l'avons déjà vu (v. p. 37-D) constitue la source radicale du Droit islâmique. En raison de son but, qui est la réforme totale de la société, le Coran traite à la fois le dogme, les devoirs religieux et l'éducation générale. L'ensemble des versets du Coran ont atteint le nombre de « 6.342 », dont les versets relatifs au Droit n'ont pas dépassé « 500 » (2). Pour bien distinguer ces derniers, on a formulé plusieurs définitions du droit (3) afin que l'on s'en serve comme critérium de distinction.

II. — Une des définitions les plus reconnues est ainsi conçue: « Le Droit (*Hukm*) constitue les règles de la loi (*Khitabul-Char'i*) relatives aux actes des sujets doués de capacité (*Mukallafyn*) » (4). Toutefois il faut remarquer que cette définition embrasse les obligations de nature religieuse parce qu'elles sont imposées aux Mu-

(1) J'ai donné cette idée générale d'après les deux ouvrages châfi'ite et hanafite intitulés : « *Al-Mustasfa* », élaboré par AL-GHAZALI, et « *Muṣallam-ul-Subut* », élaboré par IBN CHAKUR.

(2) Cf. AL-GHAZALI, *Al-Mustasfa*, t. II, p. 350.

(3) C'est-à-dire dans son sens désignant « l'ensemble des règles ou lois qui gouvernent l'activité humaine dans la société ».

(4) Cf. AL-GHAZALI, *idem*, t. I, p. 55.

sulmans et qu'elles sont des règles relatives à l'ordre social de la communauté musulmane. Prenons comme exemple l'interdiction de l'alcool, la punition en cas de contravention, la nullité des contrats concernant l'achat ou la vente de l'alcool.

III. — Les règles du droit sont divisées en cinq groupes :

- 1° Impératives (*wâjib*), celles qui se rapportent à tout ce qui est imposé positivement (exigé d'être fait) ;
- 2° Prohibitives (*harâm*), celles qui concernent tout ce qui est imposé négativement (défendu) ;
- 3° Facultatives (*mubâh*), celles qui concernent tout ce qui est déclaré permis (ex. : le divorce motivé) ;
- 4° Indicatives se rapportant à la préférence de faire (*mandûh*). Ex. : l'ordre de confirmer les dettes par écrit et par témoins ;
- 5° Indicatives se rapportant à la préférence de ne pas faire (*makrouh*). Ex. : le divorce sans cause.

D. — Conditions des lois légales

Partant du principe que « les ordres de Dieu sont basés sur l'idée du bien et les intérêts des hommes » (1), les jurisconsultes précisent dans les lois, d'après les textes du Coran, les conditions suivantes :

- 1° Il n'est pas permis que la loi exige de ses sujets de faire l'impossible (2) ;
- 2° Il n'est pas légal que ses prescriptions soient gênantes (3) ;
- 3° Il faut que ses prescriptions soient connues de tous (4) ;

(1) Cf. AL-BUKHARI, *Commentaire de Bazdawî*, Istamboul, 1310 H., t. III, p. 294.

(2) Cf. AL-GHAZALI, *Al-Mustasfa*, t. I, p. 86; IBN-CHAKUR, *Muçal-lam ul-Subût*, Le Caire, 1322 H., t. I, p. 123.

(3) IBN-CHAKUR, *idem*, p. 168; AL-GHAZALI, *idem*.

(4) AL-GHAZALI, *idem*.

4° Ce qui est exigé doit être précis et bien déterminé (1);

5° L'acte exigé doit être susceptible de compter parmi les actes de bien (2).

E. — *Les assujettis à la loi*

I. — Les assujettis à la loi sont, dans l'ensemble, tous les ressortissants de l'empire musulman, sans distinction de religion, ni de race.

II. — Cependant, le Droit islâmique accorde seulement aux ressortissants chrétiens et juifs le privilège de se conformer aux règles de leurs religions dans les questions de nature religieuse (3). Il respecte leurs actes de mariage s'ils sont conformes aux règles de leurs religions bien qu'ils soient en contradiction avec celles du Droit islâmique (4); il les exempte de l'interdiction de l'alcool imposé aux Musulmans et il considère leurs contrats, relatifs à l'alcool, comme valables (5).

F. — *Conditions de la capacité des assujettis*

I. — Une certaine capacité de l'assujetti est nécessaire quand il s'agit d'une règle de Droit à exécuter directement contre une personne. Cette capacité est acquise à l'âge de la majorité (6).

Si un enfant a commis un acte pénal causant des dégâts, il échappera à la punition du Droit pénal, mais ses biens n'échapperont jamais au dédommagement de la victime.

II. — Mais la capacité peut être attaquée complète-

(1) AL-GHAZALI, *idem*.

(2) AL-GHAZALI, *idem*.

(3) Cf. IBN-CHAKUR, *idem*, t. I, p. 128; IBN-ABDYN, *Raddul-Muh-târ*, Le Caire, 1272 Hégir, t. III, p. 222-223.

(4) Cf. AL-BOUKHARI, *Commentaire de Bazdawi*, t. IV, p. 331.

(5) AL-BOUKHARI, *idem*.

(6) Cf. AL-GHAZALI, *idem*, t. I, p. 83; IBN CHAKUR, *idem*, t. I, p. 154.

ment ou partiellement par plusieurs motifs. La science des sources du Droit islâmique approfondit minutieusement l'étude de ces motifs; plusieurs théories ont développé cette étude.

Dans l'ensemble, ces motifs sont divisés en deux groupes : motifs volontaire (Muctaçabah : acquises) et motifs involontaires (samawié : céleste) (1).

III. — Sous le premier groupe, les motifs volontaires attaquant la capacité, on étudie principalement (2) :

- 1° L'ignorance, celle-ci est étudiée en six catégories particulières (3);
- 2° L'ivresse, celle-ci est étudiée en deux cas (4);
- 3° La plaisanterie, c'est-à-dire les actes accomplis par plaisanterie sans vouloir les résultats juridiques; la plaisanterie est étudiée en trois catégories (5);
- 4° L'interdiction pour faiblesse d'esprit ou prodigalité ou insolvabilité (6);
- 5° L'erreur, celle-ci est étudiée en deux cas (7);
- 6° La violence exercée sur l'auteur d'un acte, celle-ci est encore étudiée en plusieurs cas (8).

IV. — Sous le deuxième groupe, les motifs involontaires attaquant la capacité, on étudie particulièrement (9) :

- 1° La minorité et ses cas (10);
- 2° La folie et l'aliénation mentale (11);

(1) Cf. IBN-CHAKUR, *idem*, t. I, p. 160.

(2) Cf. AL-BOUKHARI, *Commentaire de Bazdawî*, t. IV, p. 330, 401.

(3) Cf. AL-BOUKHARI, *idem*, p. 330-350; IB-CHAKUR, *idem*, p. 160-161.

(4) Cf. AL-BOUKHARI, *idem*, 350-356; IBN-CHAKUR, *idem*, p. 161-162.

(5) Cf. AL-BOUKHARI, *idem*, p. 357-369; IBN-CHAKUR, *idem*, p. 162-164.

(6) Cf. AL-BOUKHARI, *idem*, p. 369-375.

(7) Cf. AL-BOUKHARI, *idem*, p. 380-383; IBN-CHAKUR, *idem*, p. 165-166.

(8) Cf. AL-BOUKHARI, *idem*, p. 383-401; IBN-CHAKUR, *idem*, p. 166-168.

(9) AL-BOUKHARI, *idem*, p. 262-329.

(10) AL-BOUKHARI, *idem*, p. 271-274; IBN-CHAKUR, *idem*, p. 170.

(11) AL-BOUKHARI, *idem*, p. 263-271, 274-276; IBN-CHAKUR, *idem*, p. 170.

- 3° La perte de mémoire (oubli) (1);
- 4° L'état de sommeil (sommambulisme) (2);
- 5° L'évanouissement (3);
- 6° La maladie (4);
- 7° La mort (5).

V. — Tous ces motifs sont étudiés suivant qu'ils se rapportent au Droit public ou au droit privé.

Les différentes solutions, jugées d'après chaque motif des deux groupes et leur cas respectif, dénotent un goût juridique et une minutieuse étude dignes d'éloges.

SECTION II. — INTERPRÉTATION DE LA LOI

- A) *L'interprétation et ses règles dans le droit français.* — B) *L'interprétation chez les Docteurs de l'Islâm.* — C) *Les règles de l'interprétation.*
-

A. — *L'interprétation et ses règles dans le Droit français*

I. — « Les lois qui posent les règles générales, dit *La Grande Encyclopédie* (6), ne peuvent pas, en effet, prévoir toutes les hypothèses particulières que les combinaisons des principes font nécessairement naître : tantôt elles sont muettes sur une de ces hypothèses, tantôt elles ne la règlent que d'une manière insuffisante, tantôt enfin leur texte même est obscur ou ambigu; dans tous ces cas, la lacune doit être comblée par l'interprétation...

« Les règles d'interprétation appartiennent plus à la philosophie qu'au Droit pur. Elles devraient primitivement être réunies en un titre qui aurait figuré en tête

(1) AL-BOUKHARI, *idem*, p. 276-277; IBN-CHAKUR, *idem*, p. 170-171.

(2) AL-BOUKHARI, *idem*, p. 277-279; IBN-CHAKUR, *idem*, p. 171.

(3) AL-BOUKHARI, *idem*, p. 279-281; IBN-CHAKUR, *idem*, p. 171.

(4) AL-BOUKHARI, *idem*, t. IV, p. 307, 312.

(5) AL-BOUKHARI, *idem*, p. 313-329; IBN-CHAKUR, *idem*, p. 175-177.

(6) *La Grande Encyclopédie des Sciences, des Lettres et des Arts*, art. Interprétation, t. XX, p. 903-904.

du Code civil, mais ce titre a disparu lors de la rédaction définitive. Le juge interprète donc la loi selon ses lumières professionnelles et d'après sa conscience, sous le contrôle de la Cour de cassation, en s'inspirant de l'esprit de la loi, c'est-à-dire du but que le législateur a voulu atteindre; des travaux qui ont précédé et préparé la loi; des sources auxquelles elle a été puisée : c'est à ce point de vue que l'étude du droit romain offre encore aujourd'hui une importance indiscutable; et enfin en s'aidant des ressources de la logique et du bon sens ».

II. — Mais l'auteur ne manque pas de souligner, à cause de l'absence de règles, le danger de cette interprétation en disant : « On comprend combien ce pouvoir d'interprétation est dangereux; aussi les jurisconsultes romains disaient-ils que la loi la meilleure est celle qui laisse le moins de liberté à l'arbitraire du juge ».

B. — *L'interprétation chez les Docteurs de l'Islâm*

I. — Les discussions entre les jurisconsultes du Droit islâmique sur la doctrine ont montré aux Docteurs de l'Islâm le danger des appréciations qui ne suivent aucune règle. Les Docteurs se sont occupés de bonne heure à systématiser la jurisprudence ou plutôt l'esprit jurisprudentiel.

II. — En présence des questions non mentionnées dans le Coran et la Sunnah, ils ont divisé leurs études en deux groupes :

- a) Le premier groupe de l'étude se rapporte à « **préciser le sens du texte en jeu** » pour savoir si le texte pourrait encadrer la question posée; c'est la première variété de jurisprudence relative à l'interprétation (*Al-Bayan*) à laquelle j'ai réservé cette section;
- b) Le deuxième groupe se rapporte à « **dégager les causes déterminantes** » des solutions mentionnées ou à « **préciser l'esprit de la loi** » qui offre un principe de justice aidant à résoudre les nouvelles questions; c'est la deuxième variété de jurispru-

dence, relative au développement du droit par voie de raisonnement inductif (*Qiâs*) à laquelle j'ai réservé la section suivante.

C. — *Les règles de l'interprétation*

I. — Tout d'abord on distingue dans les textes à interpréter :

- le **terme**,
- et le **sens** (1).

II. — Dans le « **terme** » on distingue quatre groupes et plusieurs espèces respectives :

1° Groupe. — Ce sont les quatre espèces du terme *au point de vue du sens littéral* (2) :

a) « **Termes génériques** » (*'Am*) embrassant toutes les unités de l'espèce telle que la prescription coranique disant : « ne dévorez pas vos biens entre vous sans droit, à moins qu'il ne s'agisse d'un marché par consentement » (3) où « le marché par consentement » embrasse toutes sortes de contrats;

b) « **Termes spécifiques** » (*Khâs*) par opposition aux premiers;

c) « **Termes communs** » (*Mushtarak*) entre plusieurs sens dont le sens visé doit être désigné par le raisonnement;

d) « **Termes communs dont le sens visé est désigné par le raisonnement** » (*mu-awal*);

2° Groupe. — Ce sont les quatre espèces du terme *au point de vue de la clarté du sens indiqué* (4) :

a) « **Termes formels** » (*dhâhir*) dont le sens est expressément déterminé par l'expression;

b) « **Termes précis** » (*nas*) dont le sens est devenu plus précis que le précédent, non par l'expression, mais par l'enchaînement du texte;

(1) AL-BOUKHARI, *Commentaire de Bazdawî*, Istamboul, 1308 Hégir, t. I, p. 26.

(2) AL-BOUKHARI, *idem*, t. I, p. 26, 28, 30-46, 79-318; t. II, p. 1-33.

(3) Voir p. 24 : 2° I.

(4) Cf. AL-BOUKHARI, *idem*, p. 26, 28, 46-51; t. II, p. 34-36.

c) « **Termes expliqués** » (*mufassar*) dont le sens est ensuite détaillé textuellement pour empêcher toute équivoque;

d) « **Termes expliqués et perpétués** » (*muhkam*) pour ne pas être susceptible à une abrogation;

3^e Groupe. — Ce sont les quatre espèces du terme *au point de vue de l'obscurité du sens visé* (1), elles constituent les espèces contraires aux quatre précédentes;

4^e Groupe. — Ce sont les quatre espèces du terme *au point de vue de leur usage à propos du sens visé* (2). :

a) **Terme propre** (*hakikah*);

b) **Terme figuré** (*majâz*);

c) **Terme expressif** (*sarîh*);

d) **Terme métonymique** (*kinâyah*).

III. — Tandis que dans le « **sens** » on distingue quatre espèces (3) :

1^o **Le sens précisé et visé essentiellement** par les termes (*ibaratul-nas*);

2^o **Le sens indiqué mais sans être visé essentiellement** par les termes (*ichâratul-nas*);

3^o **Le sens obtenu suivant la cause efficiente précisée dans les termes** (*dilalatul-nas*);

4^o **Le sens dégagé par le moyen d'un sous-entendu** qu'entraîne nécessairement le texte.

IV. — a) Chacune de ces espèces que je viens de souligner est étudiée à part : elle a sa définition, ses règles particulières et ses règles communes aux autres espèces en cas d'appréciations basées sur plusieurs espèces.

b) Toutefois, des généralités, concernant l'interprétation (*al-bayân*) (4) et ses théories fondamentales relatives aux textes du Coran et de la Sunnah (5), sont pré-

(1) Cf. AL-BOUKHARI, *idem*, t. I, p. 28, 51-60.

(2) Cf. AL-BOUKHARI, *idem*, t. I, p. 28, 61-67; t. II, p. 39-209.

(3) AL-BOUKHARI, *idem*, t. I, p. 28, 67-78; t. II, p. 210-252.

(4) Cf. AL-GHAZALI, *Al-Mustasfa*, t. I, p. 364-383.

(5) Cf. AL-CHATIBY, *Al-muwâfacât*, Le Caire, éd. Rahmanié, t. II, p. 64-107; t. III, p. 346-424; t. IV, p. 3-86; AL-CHAFT'I, *Al-Riçalah*, Le Caire, 1312 Hégir, p. 13-125.

cisées en dehors des règles relatives aux espèces du **terme** et du **sens**.

Les Docteurs ont précisé la définition, prouvé l'existence des textes légaux susceptibles d'interprétation, démontré que cette existence n'attaque pas la perfection des prescriptions, etc.

De même, ils ont démontré la nécessité de connaître dans chaque prescription les circonstances qui l'ont entraînée, car cette connaissance aide à déterminer la portée du texte et à posséder l'esprit de la loi; ils ont imposé la connaissance des conditions de vie du peuple au temps de la publication des lois, comme ils ont encore imposé la compréhension des textes dans les limites du langage de l'époque de chaque loi, et non dans les limites du langage évolué; ils ont affirmé qu'il ne faut plus compter, dans la précision d'un sens, seulement sur quelques principes de la loi et aller à l'encontre des autres, mais qu'il faut se servir de tous à la fois.

c) Dans la précision des règles et leurs démonstrations, dans l'affirmation des généralités et des principes fondamentaux, la doctrine des Docteurs a joué un rôle aussi considérable que dans les solutions apportées aux nouvelles questions.

Je n'ai pas pu présenter à nouveau les règles et les principes des doctrines respectives qui sont contenues dans de volumineux ouvrages, afin de ne pas dépasser les limites de cette Thèse qui a pour but de souligner l'existence d'un mouvement jurisprudentiel digne de respect par son caractère mais inconnu en Europe.

d) Cependant, pour se faire une idée plus concrète, je veux donner un exemple d'interprétation correspondant à une des règles du « **terme générique** ».

Les Docteurs de l'Islâm discutèrent longuement l'autorité du « **terme générique** ». Considérant le texte d'un « **terme générique** » comme celui d'un « **terme spécifique** », le Docteur Abou Hanifa lui accorda une autorité absolue; toutes les variétés englobées dans les limites de l'expression générique entraîneraient la même solution que si elles étaient, chacune à leur tour, spécifiées

textuellement. En conséquence, aucune de ces variétés visées par le texte générique ne pouvait être sujette à une exception par voie d'interprétation, car cela aurait amené à restreindre arbitrairement le domaine du texte et à aller contre le désir du législateur (1). D'après cette règle, Abou Hanifa regarda comme valable les deux variétés de la transaction : transaction par suite d'un **aveu** ou d'une **négation**, car, étant mentionnée en « terme générique », elle englobe les deux variétés. De plus, Abou Hanifa soutint particulièrement, par voie de raisonnement libre, la validité de la deuxième variété en disant que la transaction devait avoir lieu à plus forte raison en cas de **négation**, car l'**aveu** entraînerait souvent la condamnation et non la transaction (2).

Le Docteur Al-Châfi'i va à l'encontre, en principe et en résultat. Considérant le texte du « **terme générique** » un peu confus, il ne lui accorda pas une autorité absolue comme celle accordée au texte du « **terme spécifique** » (3); par conséquent, ses variétés ne sont plus comme si elles étaient spécifiées; quelques variétés pourraient être extraites du texte par voie d'interprétation et de raisonnement inductif. D'après cette doctrine, Al-Châfi'i ne reconnut parmi les deux variétés de la transaction que celle accomplie par suite d'un **aveu**. Comptant sur une autre prescription ainsi conçue : « ne dévorez pas vos biens entre vous sans droit, à moins qu'il ne s'agisse d'un marché par consentement mutuel », il considéra la transaction en cas de **négation** comme un acte permettant au demandeur de s'emparer, sans droit, des biens du défendeur, puisque ce dernier cède une partie de ses biens sans contre-partie (4).

e) Il est à remarquer qu'en soulignant cet exemple, je

(1) Cf. AL-BOUKHARI, *Commentaire de Bazdawi*, Istamboul, 1908 Hégire, t. I, p. 291-296.

(2) Cf. IBN-RUSHD (Averrhoès), *Bidayatul-Mujtahid*, Le Caire, 1935, t. II, p. 289-290; AL-KHOUDARI, *L'Histoire de la Législation islamique*, Le Caire, 1920, p. 291.

(3) Cf. AL-BOUKHARI, *idem*, t. I, p. 296-300.

(4) Cf. AVERRHOÈS, *idem*; AL-KHOUDARI, *idem*.

n'ai signalé qu'une seule règle parmi plusieurs relatives à cette espèce du « **terme** », abstraction faite de démontrer d'abord les deux théories hanafite et chafi'ite, et de signaler ensuite d'autres théories concernant toujours la même règle. Mais cet exemple nous donne quand même une idée générale sur les règles de l'interprétation chez les Docteurs de l'Islâm et nous montre que ces Docteurs ont eu l'honneur, pour la première fois dans l'histoire du droit, de la systématiser et de la soumettre à des règles de logique bien déterminées ; tandis qu'elle est, chez les autres jurisconsultes étrangers, libre de toutes règles et ne dépend que de la conscience.

SECTION III. — COMPLÉMENT DE LA LOI PAR VOIE DE « RAISONNEMENT INDUCTIF »

A) *Caractéristiques radicales de l'interprétation et du raisonnement inductif.* — B) *Eléments du raisonnement.* — C) *Les trois catégories de motifs.* — D) *Les motifs déductifs.* — E) *Les appréciations libres.* — F) *Conclusions.*

A. — *Les caractéristiques radicales de l'interprétation et du raisonnement inductif*

I. — Les Docteurs de l'Islâm distinguent, dans le domaine de la jurisprudence, l'**interprétation** (*Al-Bayân*) et le **raisonnement inductif** (1) (*Al-Qiâs*). Nous avons déjà signalé cette distinction (v. p. 107, II : a, b) en di-

(1) C'est une traduction du mot « Qiâs », d'après son sens le plus général. Dans son sens le plus strict, il devrait être traduit par « raisonnement analogique ». J'ai préféré la première, parce qu'elle embrasse les deux variétés « analogique et libre » du raisonnement.

sant que l'interprétation tend « à préciser le sens du texte en jeu » pour savoir si le texte pourrait encadrer la question posée, et que le raisonnement inductif tend à « dégager les causes déterminantes » des solutions mentionnées ou à « préciser l'esprit de la loi » qui offre des principes de justice aidant à résoudre la question posée.

II. — Or, les deux variétés étant basées sur le raisonnement en général, il faut souligner que dans l'interprétation il s'agit d'un « **prolongement de la loi** », tandis que dans le raisonnement inductif, il s'agit d'un « **complément de la loi** ».

III. — Tous les Docteurs de l'Islâm sont unanimes à reconnaître le pouvoir de l'« **interprétation de la loi** » comme légal.

Tandis que pour le complément de la loi par voie de « **raisonnement inductif** », une école, « l'école dhahirite », l'a interdit, n'ayant reconnu comme source du Droit islâmique que les trois premières : le *Coran*, la *Sunnah* et l'*Ijmâ'*. L'interprétation, quoiqu'elle constitue une variété de jurisprudence, n'est en réalité, qu'une sorte d'application des lois prescrites.

B. — *Éléments du raisonnement inductif*

I. — En présence d'une question non mentionnée dans le Coran et la Sunnah, et qui ne peut pas être sujet d'interprétation, on a recours, pour décider la solution, au « raisonnement inductif » (*Al-Qias*) suivant les conditions méthodiques de ses éléments.

II. — Les éléments du « raisonnement inductif » sont au nombre de trois (1) :

1° Le **texte** servant de point d'appui (*Asl*) ;

(1) Cf. AL-GHAZALI, *Al-Mustasfâ*, t. II, p. 325. Mais j'ai supprimé un quatrième élément : « La solution du texte pris comme appui », puisqu'il est compris en général par le premier élément.

2° La **question à résoudre** (*Far'*) suivant l'inspiration du texte;

3° Le **motif déterminant** (obtenu de la solution mentionnée dans le texte) qui, existant dans la question posée, constitue le fondement (*'illah*) de la solution de cette question.

Chacun de ces éléments a ses conditions et ses règles dont il m'est possible de donner quelques généralités concernant le « **motif** », celui-ci étant le point principal du « raisonnement inductif ».

C. — *Les trois catégories de motifs*

I. — D'abord, on distingue trois sortes de motifs, suivant la voie de leur obtention (1) :

1° **Motifs désignés par les textes du Coran et de la Sunnah**; ces motifs se subdivisent, par suite de leur autorité, en plusieurs variétés : motif formel, motif indiqué par insinuation, etc.;

2° **Motifs désignés par l'unanimité** (l'*Ijmâ'*);

3° **Motifs obtenus par déduction**, qui sont le point principal de notre étude.

D. — *Les motifs déductifs*

I. — Définissons d'abord le « **motif** ».

Partant du principe que « les lois coraniques et prophétiques (*Al-Ahkamul Char'iyé*) sont motivées par le bien des hommes » (2), les Docteurs de l'Islâm définissent ici le **motif** en disant qu'il est : « La cause déterminant à prescrire une loi (*hukm*) dans le but de faire le bien et repousser le mal » (3).

C'est d'après ce principe et cette définition du motif

(1) Cf. AL-GHAZALI, *idem*, t. II, p. 288-306.

(2) Cf. IBN CHAKUR, t. II, p. 260; AL-BOUKHARI, *Commentaire de Bazdawi*, t. III, p. 294.

(3) AL-BOUKHARI, *idem*.

qu'on cherche à formuler les motifs des prescriptions, et à se prononcer sur les nouvelles questions qui ne sont pas mentionnées.

II. — Les motifs obtenus par déduction constituent le point radical du « raisonnement inductif » et c'est là qu'on trouve le génie des Docteurs de l'Islâm. Ils ont approfondi l'étude de ces motifs; ils sont même arrivés à développer les motifs erronés aussi bien que les motifs valables; ils ont tout systématisé; ils ont précisé strictement les points efficaces dans les motifs valables, comme ils ont montré les points d'erreurs dans les autres. De même ils n'ont pas manqué de démontrer la classe de chaque variété de ces motifs relativement à son autorité ou à son erreur.

III. — Les motifs valables sont étudiés par deux procédés (1) :

1° « **La détermination et l'examen** », qui consiste à déterminer tous les motifs imaginés pour agir dans la solution d'une question mentionnée, puis à examiner ces motifs un à un, pour éliminer « les non-valables et maintenir enfin le valable », et on a même précisé les « voies de l'élimination » (2).

2° « **La démonstration de la cause déterminante** », qui consiste à démontrer, seulement, l'efficacité de la cause déterminante, sans s'occuper des causes présumées et démontrer leur faillite.

IV. — La « cause déterminante », qui est essentielle, se divise à son tour en quatre espèces (3) :

1° Cause « **efficace** » (*mu-assir*) dont le motif, jugé « efficace » dans la prescription, prend « particulièrement » sa base dans le texte mentionné;

2° Cause « **convenable** » (*mula-im*) dont le motif, jugé « capable » d'entraîner la solution mentionnée, prend « en général » sa base, non seulement dans le même

(1) Cf. AL-GHAZALI, *idem*, t. II, p. 295-296.

(2) Cf. IBN CHAKUR, t. II, p. 299.

(3) Cf. AL-GHAZALI, *idem*, t. II, p. 296-306; IBN-CHAKUR, *idem*, t. II, p. 265-267.

texte cité, ce texte étant insuffisant pour fonder le motif, mais aussi « dans l'ensemble des autres questions d'une analogie partielle »;

3° Cause « **singulière** » (*gharib*) dont le motif, jugé capable d'entraîner la solution de la question mentionnée, « n'est jamais reconnu capable dans aucune autre disposition »;

4° Cause dont le motif, jugé capable d'entraîner une appréciation libre (*mursal*), relative à la difficulté éventuelle, « **n'a plus de fondement dans aucune question mentionnée dans le droit** ».

V. — En présence d'une difficulté, si on se prononce d'après les trois premières espèces de la cause déterminante, ce sera une solution par analogie (1), parce que la nouvelle question a toujours dans les dispositions de la loi son analogue, suivant le motif dégagé; si on se prononce d'après la quatrième espèce, ce sera une solution par une « appréciation libre » (2), à laquelle j'ai réservé l'article suivant.

E. — *Les appréciations libres*

I. — Nous avons déjà eu l'occasion, dans la première période de la jurisprudence, de donner quelques renseignements relatifs aux appréciations libres, en soulignant leur domaine (v. p. 60 : IV). Les « appréciations libres » embrassent toutes les questions intitulées en arabe « *Al-Maḥalihul-mursalah* », qui signifie : les questions dont les solutions ne sont pas mentionnées dans le Coran et la Sunnah et qui n'y ont plus de fondement particulier, ni par voie d'interprétation, ni par voie de raisonnement analogique; mais qui ont leurs fondements dans l'**Esprit de l'Islâm**, précisé ainsi : « Là où l'on trouve le bien, c'est la loi de Dieu ».

II. — On comprend combien ce pouvoir d'apprécia-

(1) V. p. 57 : 2°.

(2) V. p. 57 : 3°; p. 60 : IV.

tion libre est dangereux. Aussi les Docteurs de l'Islâm n'ont pas manqué de le préciser et de le systématiser, suivant la nature des questions.

Ils ont distingué, dans le domaine des buts du Droit islâmique, les trois espèces suivantes (1) :

1° Les « **cinq nécessités** » dont l'observation est indispensable pour maintenir la vie en bon état; l'inobservation conduit à la corruption et à la destruction de la vie. Ce sont : la religion, la raison, la vie, la postérité et les biens.

2° Les « **besoins** » dont l'inobservation ne détruit pas la vie mais la gêne; ce sont tous les besoins dont l'absence n'attaque pas essentiellement les cinq « nécessités ».

3° Les « **suppléments** » dont l'inobservation ne gêne pas la vie et dont l'observation est préférable.

III. — En présence d'une difficulté de la première espèce, on ne discute pas la validité du « pouvoir d'appréciation libre » (2), consistant seulement à interroger l'esprit de l'Islâm et à se conformer à ce qu'exigent la raison et l'équité, même si la question n'avait plus de fondement, dans les textes, par raisonnement d'analogie.

En présence d'une difficulté des deux autres espèces, il faut uniquement recourir au raisonnement par analogie, c'est-à-dire il faut un fondement particulier, dégagé des textes, qui justifie la solution apportée (3).

Cependant, les raisonnements d'un jurisconsulte peuvent classer, parmi les questions de la première espèce, une difficulté classée par d'autres jurisconsultes parmi celles des deux dernières espèces; il échappe ainsi à la rigueur des deux autres espèces. L'exemple topique est la question posée au Khalif Omar, concernant l'état de mariage d'une femme dont le mari s'était absenté depuis longtemps sans qu'elle puisse en connaître la vie

(1) Cf. AL-GHAZALI, t. I, p. 286-293; AL-CHATIBY, t. II, p. 8-25.

(2) Cf. AL-GHAZALI, *idem*, t. I, p. 294.

(3) *Idem*, p. 293.

ou la mort. Faute de texte, cette absence a été jugée par le Khalif un motif suffisant pour dissoudre le mariage, cette question touchant essentiellement la « vie » de la femme; il a jugé, d'après les circonstances, que le mariage soit dissous, quatre ans après l'absence, pour permettre à la femme de se remarier (1).

Le Docteur Al-Châfi'i, dans une première opinion, avait adopté l'appréciation du Khalif Omar; dans une deuxième opinion, il a jugé la question autrement. Il l'a étudiée aux deux points de vue : « du raisonnement par analogie » et de « l'appréciation libre » (2).

D'après le « raisonnement par analogie », dit-il, les textes ne mentionnent pas comme motifs provenant de la part du mari, susceptibles de dissoudre le mariage, autre que le « dénûment », qui l'empêche de subvenir aux besoins de la famille et « l'impuissance ». Si des ressources sont assurées à la femme dans les biens de son mari, l'absence ne constitue ni l'un ni l'autre de deux motifs mentionnés, et elle ne peut plus leur être assimilée par un raisonnement analogique.

Tandis qu'au point de vue de « l'appréciation libre », il ne faut pas, dit-il, considérer seulement l'intérêt de la femme en dissolvant le mariage; il y a encore celui du mari dont on doit tenir compte, car il est possible que le mari soit vivant et soit empêché de rentrer. En conséquence, tous les deux éprouvent un dommage équivalent; Al-Châfi'i a décidé qu'il ne fallait pas dissoudre le mariage avant que ne soit prouvée la mort du mari.

IV. — Terminons par une dernière règle.

En présence d'une difficulté où il s'agit de deux intérêts protégés respectivement par la loi, mais dont l'observation de l'une oblige à sacrifier l'autre, il faut se prononcer par une « appréciation libre » en faveur de l'intérêt le plus important (3).

Pour désigner « l'intérêt le plus important », plu-

(1) Cf. AL-GHAZALI, t. I, p. 307.

(2) *Idem*, p. 308-309.

(3) Cf. AL-GHAZALI, t. I, p. 311.

sieurs règles inspirées par l'Esprit de l'Islâm sont établies suivant la nature des difficultés. Exemples :

- 1° On supporte le dommage particulier pour empêcher le dommage général (1) ;
- 2° Entre deux préjudices on évitera le plus grand (2) ;
- 3° Il vaut mieux éloigner le mal que de procurer le bien (3) ;
- 4° Il faut réparer le dommage autant que possible (4) ;
- 5° Les choses défendues peuvent être permises en cas de nécessité absolue (5), mais avec mesure (6).

L'exemple le plus discuté est celui d'un prisonnier musulman employé par l'ennemi comme bouclier pour s'abriter derrière lui et avancer (7).

Tous les Docteurs sont unanimes pour reconnaître qu'il faut sacrifier d'abord le prisonnier innocent dont la vie est protégée par la loi, dans le but d'assurer la vie à la nation.

Un autre exemple est celui d'un suspect de vol. Le Docteur Mâlik a légitimé l'épreuve du suspect, dans le but de découvrir l'auteur. Mais tous les autres Docteurs ne l'ont pas légitimée, considérant qu'il vaut mieux s'abstenir d'éprouver un délinquant que d'éprouver un innocent (8) ; cette solution s'explique par plusieurs règles dont la règle mentionnée disant : « Il vaut mieux éloigner le mal que de procurer le bien ».

F. — Conclusion

I. — D'après ce que nous venons de signaler, on remarquera combien ce pouvoir « **d'appréciation libre** », si ambigu et limité en soi, est devenu dans le Droit is-

(1) Cf. *Al-Majallah*, art. 26.

(2) *Idem*, art. 28.

(3) *Idem*, art. 30.

(4) *Al-Majallah*, art. 31.

(5) *Idem*, art. 21.

(6) *Idem*, art. 22.

(7) Cf. AL-GHAZALI, t. I, p. 294-295.

(8) Cf. AL-GHAZALI, t. I, p. 297-298.

lâmique si clair, si praticable et si méthodique, abstraction faite des règles considérables élaborées par les Docteurs avec beaucoup de soin pour systématiser le « **raisonnement par analogie** » et « **l'interprétation** ».

Cette science des sources du Droit fait honneur à la science islâmique et marque une supériorité sans limite des Docteurs de l'Islâm, tant que « l'interprétation », dans son sens le plus général (v. p. 106 : I) reste chez les autres, aujourd'hui comme autrefois, une notion ambiguë qui ne suit aucune règle que les « lumières professionnelles du jugé et sa conscience » (v. p. 106 : I).

II. — Il est regrettable que cette science n'ait pas été traduite, car elle aurait pu rendre des services considérables à la science du droit dans les autres nations. Le motif se rapporte jusqu'à maintenant à l'absence de spécialistes parmi les juristes étrangers qui veulent étudier le « Droit islâmique » et la « science des sources du Droit islâmique ». Un autre motif radical se rapporte à cette science en elle-même, parce qu'elle demande plusieurs connaissances spéciales concernant quelques branches des sciences islâmiques qui ne sont pas à la portée d'un étranger à la langue et à la religion, à moins qu'il n'y réserve une partie considérable de sa vie.

Dans cette Thèse, je me contente de souligner l'existence de cette science et d'attirer pour la première fois l'attention sur l'importance qui caractérise le Droit islâmique.

§ 5. — LA DOCTRINE APRÈS LA SCIENCE DES SOURCES
DU DROIT ISLAMIQUE

A) *L'apogée.* — B) *Le déclin.*

A. — *L'Apogée*

I. — A propos de la doctrine, avant l'apparition de la science des sources du Droit islâmique, il y a deux points à remarquer :

1° La doctrine ne dépendait que des lumières professionnelles de chaque juriconsulte suivant sa science purement traditionnelle;

2° L'absence des principes et des règles, précisant en général la doctrine, ne permettait pas la formation d'une école complète et précise, capable de se propager; par conséquent, il n'y avait pas d'école proprement dite qui enseignait l'ensemble du Droit, mais une doctrine partielle qui visait seulement les questions posées.

II. — Au contraire, après l'apparition de cette science, plusieurs résultats furent accomplis.

Un premier fut la précision de la doctrine, désormais soumise à des règles constituant toutes les théories nécessaires, relatives à chaque école, pour l'**interprétation** et le **raisonnement inductif**.

III. — Un deuxième résultat fut que certaines doctrines possédant leurs caractéristiques, eurent la chance de persister et de se propager parallèlement au progrès de la science des sources du Droit; tandis que de nombreuses autres doctrines tombèrent dans l'oubli, étant privées de précision. C'est à cette raison évidente que doivent leur perpétuation les trois écoles : « Hanafite, Mâlikite, Châfi'ite » et aussi une quatrième, celle de « Hanbalite » (v. p. 91 : F); et c'est au fur et à mesure

du progrès de la « Science des sources du Droit » qu'elles se précisèrent de plus en plus et qu'elles gagnèrent du terrain.

IV. — Un troisième résultat plus considérable fut que la « Science des sources du Droit » et à créer plusieurs consultes de considérer la discussion directement sur les solutions comme point essentiel ; dorénavant, l'essentiel consiste à démontrer les principes et les règles formant les théories jurisprudentielles de chaque école et constituant le point de départ des solutions.

Cet esprit nouveau contribua à faire progresser la « Science des sources du droit » et à créer plusieurs catégories de jurisconsultes possédant leurs caractéristiques dignes d'admiration quoiqu'ils aient été partisans d'une des quatre écoles et non des Docteurs maîtres et fondateurs.

En adoptant les principes d'une école, ils les précisèrent, les développèrent et s'en servirent dans les difficultés.

Au fur et à mesure de leur liberté dans l'utilisation des principes de l'école adoptée, ils se distinguèrent en plusieurs classes. Dans une première classe se trouva la catégorie des jurisconsultes qui revisèrent, suivant les principes de l'école, les solutions apportées par les fondateurs et ils apportèrent d'autres appréciations.

D'autres catégories, soutenant les solutions apportées par les fondateurs, utilisèrent plus ou moins les principes des écoles.

Toutes ces catégories sont dignes d'attirer l'attention, mais leur histoire dépasse le plan de cette Thèse.

B. — *Le déclin*

I. — Cette activité dans l'usage des principes et des règles de la science des sources du droit n'est pas toujours restée la même, elle a peu à peu diminuée ; et plus tard, à partir du x^e siècle, elle s'est bornée à être une étude purement documentaire au lieu de continuer à être

un moyen de développement du Droit. La raison s'en rapporte à deux facteurs principaux : positif et négatif.

II. — Le « facteur positif » consiste dans l'activité inimaginable de la jurisprudence au temps où la civilisation arabe était en plein progrès. Cette activité était si grande qu'elle a englobé parmi les difficultés à résoudre non seulement les questions en pratique dans un vaste empire s'étendant de la Chine et de l'Inde jusqu'à l'Atlantique, mais aussi les questions que la curiosité purement scientifique avait imaginées. Ainsi la jurisprudence émanant de cette activité n'a pas laissé de place aux juriconsultes des siècles suivants ; il est très rare, même aujourd'hui, de pouvoir s'imaginer une question juridique sans qu'elle soit mentionnée et accompagnée le cas échéant par les diverses appréciations, bien démontrées, de chaque école.

III. — Quant au « facteur négatif », il consiste dans la stabilisation de la civilisation arabe depuis la fin du ix^e siècle, qui a cessé, sauf de rares exceptions, de fournir de nouvelles questions à résoudre ; enfin il consiste dans la destruction définitive de cette civilisation par les deux guerres occidentale et orientale : les Croisades (xi^e-xii^e siècles) et les Tartares (xiii^e siècle).

IV. — Ces deux facteurs, positif et négatif, ont contribué à un déclin général de toutes les sciences et à mettre hors d'usage les principes et les règles de la science des sources du droit. Par suite de ce déclin, une nouvelle classe se forma, celle des juriconsultes qui étudièrent le Droit pour apprendre les règles déjà établies, sans se permettre, en présence de difficultés, de procéder à l'utilisation des principes de la science des sources du droit. Ils recoururent seulement au raisonnement par voie d'analogie en cherchant les cas analogues parmi les questions mentionnées dans les ouvrages de l'école qu'ils avaient respectivement adoptée.

V. — Ce déclin persista jusqu'aux temps modernes où l'Université Azharite du Caire s'occupa, suivant son nouveau régime, à ressusciter l'étude de « la Science des

sources du Droit » dans le but de préparer un terrain favorable à son utilisation. La restauration de cette science rendra des services considérables aussi bien pour le droit islâmique stabilisé depuis longtemps, que pour la jurisprudence, en général, qui a besoin partout aujourd'hui de précision absolue.

§ 6. — LES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DU MOUVEMENT
JURISPRUDENTIEL

INTRODUCTION. — *Les éléments créateurs du droit.* — SECTION I. —
Les sources. — SECTION II. — *Le milieu.* — SECTION III. — *Les*
jurisconsultes. — SECTION IV. — *Rôle du Droit romain, dans le*
milieu de l'apparition du Droit islâmique.

INTRODUCTION. — LES ÉLÉMENTS CRÉATEURS DU DROIT

Pour se faire une idée des caractéristiques générales du mouvement jurisprudentiel, il n'est pas suffisant de l'étudier, objectivement, suivant son historique dès que ce mouvement a commencé. Il est nécessaire de l'étudier aussi suivant les éléments créateurs de son Droit. Ces éléments sont au nombre de trois :

- 1° Les sources du Droit;
- 2° Le milieu dans lequel il est apparu;
- 3° Les jurisconsultes qui ont contribué à son développement.

Chacun de ces éléments aura sans doute une influence particulière et radicale sur la formation et la conduite du mouvement jurisprudentiel.

SECTION I. — LES SOURCES

A) *Les quatre sources du Droit islâmique.* — B) *L'autorité des Droits des autres nations dans l'Islâm*

A. — *Les quatre sources du Droit islâmique*

I. — Dans les paragraphes et les chapitres précédents, j'ai souligné les sources du Droit islâmique et leurs traits essentiels dont il est utile de se rappeler ici les points capitaux.

II. — Les quatre sources du Droit islâmique sont ainsi conçues : Le Coran, la Sunnah, l'unanimité (*Ijmâ'*) et le raisonnement inductif (*Qiâs*). Les deux premières constituent les sources principales; tandis que les deux autres sont fondées sur le Coran et la Sunnah et utilisées à travers leur esprit précisé ainsi : « que là où l'on trouve le bien c'est la loi de Dieu » (v. p. 41 : C).

III. — D'après ces quatre sources, « l'usage admis (le droit coutumier) » n'est utilisé que sous trois conditions (v. p. 25 : II) :

- a) Si la coutume est compatible avec les commandements formels de l'Islâm;
- b) Si elle est conciliable avec les principes de son Droit;
- c) Si elle est jugée suffisante pour déterminer les droits et empêcher les contestations.

B. — *L'autorité des droits des autres nations dans l'Islâm*

I. — Il est question, dans la Science des sources du Droit islâmique, du Droit des autres nations dont quel-

ques règles sont mentionnées dans le Coran et la Sunnah⁽¹⁾.

II. — Tout d'abord, les Docteurs de l'Islâm sont unanimes pour rejeter toute source autre que les quatre sources déjà citées. Par conséquent, les juristes ne se permettent jamais de puiser dans le droit des autres nations, même dans le droit des Arabes, à moins qu'il ne soit justifié par les principes du Coran et de la Sunnah.

III. — Ensuite, quand il s'agit du Droit et de quelques règles attribuées à un fondateur de religion reconnu par l'Islâm, comme Moïse et Jésus, tous les Docteurs sont, aussi, unanimes pour refuser toute règle dont l'attribution n'est pas confirmée par le Coran et la Sunnah.

Mais quand il s'agit des règles confirmées, il y a à ce propos trois théories principales :

- 1° Elles sont légales en qualité de « règles non islamiques » ;
- 2° Elles sont légales en qualité de « règles islamiques », étant affirmées par le Coran ou la Sunnah ;
- 3° Elles ne sont pas légales, à moins qu'elles ne soient formellement prescrites par le Coran et la Sunnah.

SECTION II. — LE MILIEU

A) *Milieu de l'apparition du droit islamique.* — B) *Attitude de l'Islâm vis-à-vis de l'usage et du droit coutumier.*

A. — *Milieu de l'apparition du droit islamique*

I. — C'est l'Arabie en général et le Hedjaz en parti-

(1) Cf. AL-BOUKHARI, *Commentaire de Bazdawi*, t. III, p. 212-217 ; AL-GHAZALI, t. I, p. 245-260.

culier dont j'ai eu l'occasion de souligner les conditions économiques avant l'Islâm (v. p. 42-47) en concluant « qu'une telle société n'est plus une société primitive », et que « la prédication de Mahomet va s'adresser à des gens qui, depuis longtemps, ont renoncé à leur isolement »; de même « la situation géographique de l'Arabie a fait de ses marchés les nœuds des relations entre l'Inde, la Perse, la Babylonie, la Syrie-Palestine ».

II. — Toutefois, cette vie avancée doit son existence à cinq civilisations antiques :

1° La civilisation arabe du Yémen, au sud-ouest de l'Arabie;

2° La civilisation de la Chaldée, au nord-est de l'Arabie;

3° La civilisation de l'Assyrie, à l'extrême nord-est de l'Arabie;

4° La civilisation de la Phénicie au nord-ouest de l'Arabie (Syrie occidentale);

5° La civilisation de l'Égypte à l'ouest de l'Arabie.

Ces civilisations ont sûrement contribué à la formation de l'usage juridique et du droit coutumier dans le milieu de l'apparition de l'Islâm.

Pour se faire une idée de l'importance de ces civilisations, je m'occuperai en particulier de donner quelques renseignements concernant la civilisation arabe du Yémen, celle-ci étant de source arabe pure et moins connue.

III. — Les Arabes ont eu, comme tous les peuples, une période préhistorique. Les sources de l'histoire arabe avant Mahomet sont les livres des Hébreux, les traditions des Arabes, les rares documents laissés par quelques historiens grecs et latins et un petit nombre d'inscriptions assyriennes ou celles découvertes près de Damas, dans la Safa (1). Suivant les chroniques arabes, confirmées par les auteurs grecs et latins, le Yémen aurait été le siège du plus puissant des empires (2). Ses

(1) Cf. LE BON, *La civilisation des Arabes*, p. 61, Paris, 1884.

(2) *Idem*, LE BON, p. 62-64.

rois auraient régné pendant trois mille ans et envoyé des expéditions dans l'Inde, la Chine et l'Afrique jusqu'aux régions qui forment aujourd'hui le Maroc (1).

Connues des Grecs plus de quatre siècles avant Jésus-Christ, les richesses des Arabes avaient déterminé Alexandre-le-Grand à tenter la conquête de l'Arabie, et l'expédition de Néarque autour de la péninsule aurait été le présage de l'exécution prochaine d'un dessein que la mort vint interrompre (2).

Désireux de posséder ces richesses qui, depuis tant de siècles, enflammaient l'imagination des Grecs et des Romains, l'Empereur Auguste envoya une expédition dans le Yémen, mais elle échoua complètement (3).

Les auteurs bibliques nous parlent souvent du commerce des Arabes, des villes qu'ils possédaient, et notamment de Saba, dans le Yémen (4).

Quatre cents ans environ avant Jésus-Christ, Hérodote nous parle de l'Arabie heureuse « comme de la plus riche contrée du globe; à Mareb, l'antique Saba de la Bible, on trouvait, suivant lui, de riches palais ornés de portiques dorés, remplis de vases d'or et d'argent et de lits de repos en métaux précieux (5).

Strabon nous donne des renseignements analogues; parlant, d'après Artémidor, il nous dit que cette ville de Mareb était une merveilleuse cité; la toiture des palais était ornée d'or, d'ivoire et de pierres précieuses; des meubles et des vases richement ciselés embellissaient les demeures (6).

Suivant Erastosthène, les maisons, d'après la manière dont la charpente était assemblée, ressemblaient à celles des Egyptiens (7).

Les anciennes chroniques arabes sont conformes aux

(1) *Idem*, p. 64.

(2) *Idem*, p. 64, LE BON, *La civilisation des Arabes*.

(3) *Idem*, p. 65.

(4) *Idem*, p. 66.

(5) *Idem*, p. 67.

(6) *Idem*, p. 67.

(7) LE BON, *idem*, p. 67.

renseignements fournis par les auteurs classiques (1). Tous unanimes à vanter la richesse du Yémen : « On y voyait, dit Mas'oudi à propos du pays de Mareb, de beaux édifices, des arbres magnifiques, des canaux en grand nombre, des rivières qui le parcouraient en tous sens. Tel était l'état de ce pays, qui avait en longueur et en largeur l'étendue que pourrait parcourir en un mois de temps un bon cavalier. Un voyageur, soit à pied, soit à cheval, pouvait suivre toute cette route d'une extrémité à l'autre sans ressentir les ardeurs du soleil : il y trouvait partout un ombrage touffu qui ne le quittait pas; car les arbres, dont la culture faisait la richesse de ce pays, couvraient toute cette terre et lui faisaient un abri continu. Les habitants jouissaient de toutes les aisances de la vie : ils avaient en abondance tous les moyens de subsistance; une terre fertile, un air pur, un ciel serein, des sources d'eau nombreuses, une grande puissance, une domination bien affermie, un empire au plus haut point de prospérité, tout contribuait à faire de leur pays un séjour dont les avantages étaient passés en proverbe. Ils se distinguaient aussi par la noblesse de leur conduite et par l'empressement avec lequel ils accueillaient de tout leur pouvoir, et suivant leurs facultés, tous les étrangers qui venaient dans leur pays et tous les voyageurs. Cet état de prospérité dura aussi longtemps qu'il plût à Dieu; aucun roi ne leur résista qui ne fut défait, aucun tyran ne marcha contre eux qui ne fût mis en déroute; toutes les régions leur étaient soumises, tous les hommes reconnaissaient leurs lois, ils étaient comme le diadème de l'univers » (2).

Les documents précédents concordent assez entre eux pour nous prouver que l'Yémen fut le siège de villes aussi florissantes sans doute que celles de l'antique Egypte, et possédant une civilisation avancée. Leurs ruines dorment aujourd'hui dans la poussière, attendant,

(1) *Idem*, p. 67.

(2) LE BON, *idem*, p. 67.

comme celles de Ninive et de Babylone l'ont attendu pendant longtemps, un explorateur » (1).

« Le luxe des grandes villes de l'Yémen nous est encore indiqué par l'ancienneté et l'étendue de leurs relations commerciales. Il serait difficile en effet de citer dans l'histoire un peuple ayant eu des relations commerciales importantes et pas de civilisation. Or, les relations des Arabes s'étendaient jusqu'aux limites du monde connu et duraient depuis une époque fort reculée, puisqu'il en est déjà question dans la Bible. Véritables entrepôts commerciaux du monde, pendant plus de 2.000 ans, elles ont joué le rôle de Venise à l'époque de sa splendeur » (2).

IV. — Les quatre autres civilisations, chaldéenne, assyrienne, phénicienne et égyptienne, auxquelles le Hedjaz s'attachait rigoureusement suivant sa situation géographique, n'étaient pas d'une moindre importance. La stèle découverte au commencement du xx^e siècle, relative au Droit babylonien, révèle une civilisation bien avancée.

« Le Droit appliqué au temps des rois de Babylone, dit M. Cuq, n'est donc pas le Droit primitif de la Chaldée. On ne saurait le comparer à l'ancien Droit romain. Au lieu d'un Droit grossier et informe comme celui des Douze Tables, nous avons affaire à une législation appropriée aux besoins d'un peuple d'une civilisation raffinée : admettant les principes de la propriété individuelle et de la liberté des contrats ; accordant à la femme une large capacité juridique. Si ce droit renferme des survivances d'un autre âge — il y en a dans le Droit moderne —, il contient certaines règles plus équitables que celles du Droit romain classique » (3).

« Les dernières découvertes, dit M. Révillout, nous montrent que les deux grands peuples, Chaldéens et Egyptiens, reconnus par les Grecs comme leurs initiateurs, leurs instituteurs et leurs modèles, avaient, de-

(1) *Idem*, p. 68.

(2) *Idem*, p. 68.

(3) Cuq, *Etudes sur le droit babylonien, les lois assyriennes et les lois hittites*, Paris 1929, p. 23.

puis des milliers d'années, créé ce droit (*jus gentium*), transporté partout par les Phéniciens et les Grecs, quand les Romains, le trouvant établi chez les peuples qu'ils soumettaient, finirent par comprendre à quel point il était supérieur à la loi des XII Tables et songèrent à l'imiter » (1).

V. — Voilà dans son ensemble, l'Arabie antique devenue le berceau de l'Islam, et ses alentours qui devaient, pendant plus de trente siècles, contribuer, suivant les relations de voisinage et les rapports commerciaux, à la formation de l'usage juridique de l'Arabie et de son droit coutumier avant l'apparition de l'Islâm.

B. — *Attitude de l'Islâm vis-à-vis de l'usage et du droit coutumier de l'Arabie*

I. — En raison de son but qui est la réforme totale de la société, l'Islâm a eu la même attitude vis-à-vis de l'usage juridique et du droit coutumier de l'Arabie : il ne les a pas détruits, il les a réformés et perfectionnés suivant les idées fondamentales de justice, d'égalité, de bonne foi et d'intérêt public, et relativement aux trois conditions déjà mentionnées (V. p. 127, II).

II. — Est-ce que cette réforme a subi l'influence du Droit romain? ou plutôt, est-ce que le Droit romain a contribué, avec les civilisations orientales, à former l'usage juridique et le droit coutumier dans le milieu de l'apparition du Droit islamique et de son développement. C'est le point auquel j'ai réservé la section IV.

(1) Cf. REVILLOUT, *Les obligations en droit égyptien*, suivies d'un appendice sur le droit de la Chaldée, Paris, 1886, p. IX.

SECTION III. — LES JURISCONSULTES

- A) *Les deux catégories de jurisconsultes musulmans.* — B) *Données générales sur la ville de Koufa.* — C) *L'origine des jurisconsultes de Koufa.*
-

A. — *Les deux catégories de jurisconsultes musulmans*

I. — Au moment du grand mouvement jurisprudentiel qui contribua au développement du Droit islâmique, les jurisconsultes se divisèrent d'après leurs tendances modérées, en deux catégories : traditionnalistes et rationalistes.

II. — Les jurisconsultes traditionnalistes dominèrent en premier lieu l'Hedjaz et la Syrie auxquels se rallia l'Egypte à cause de l'abondance de la Sunnah dans ces pays dès le 1^{er} siècle de l'Islam (1). Leurs caractéristiques consistèrent dans la conformité stricte aux lettres des prescriptions et non au raisonnement inductif basé sur l'esprit de la loi ; en conséquence, le Droit islâmique ne trouva pas de terrain favorable à son développement dans ces pays et il resta tel qu'il était en Arabie au temps du Prophète. Il est inutile de chercher chez les jurisconsultes traditionnalistes d'éléments étrangers.

III. — Les jurisconsultes rationalistes dominèrent, en premier lieu, l'Iraq et particulièrement la ville de Koufa à cause du peu de documents sur la Sunnah dans cette ville. Leurs caractéristiques consistèrent dans la préoccupation qu'ils apportèrent dans le raisonnement

(1) Cf. AHMAD AMYN, *Duhal-Islâm*, Le Caire, 1935, t. II, p. 100-101; AL-KHOUDARI, *L'Histoire de la législation islâmique*, Le Caire, 1920, p. 190-191.

inductif et dans la précision de l'esprit des lois coraniques et prophétiques. Cet esprit constitua le critérium de leurs appréciations jurisprudentielles.

IV. — C'est dans la ville de Koufa que se produisit ce mouvement jurisprudentiel, c'est uniquement à ses jurisconsultes que le Droit islâmique doit son développement. C'est là le lieu de naissance de l'Ecole hanafite dont les œuvres ont nourri toutes les autres Ecoles et tous les juristes. Le Docteur Al-Châfi'i ne manqua pas de déclarer que tous les amateurs de la science du Droit sont redevables à l'Ecole hanafite (1).

Ici, nous devons insister un peu plus, pour préciser les facteurs de ce mouvement et démontrer quelles ont été les civilisations antiques qui enrichirent le Droit islâmique par leurs questions.

B) *Données générales sur la ville de Koufa*

I. — C'est une ville construite en 638 par les Arabes d'après l'ordre du Khalif Omar, afin qu'elle soit la résidence des guerriers arabes revenant de conquête. Son emplacement fut choisi à l'ouest de l'Euphrate, sur le territoire du royaume de Hira établi, depuis plus de quatre siècles avant l'Islâm à l'ouest de la Babylonie, par les Arabes Lakhmides du Yémen émigrés vers le Nord.

La ville de Koufa fut construite près de Hira, capitale du royaume lakhmide, et fut habitée en majorité par les Arabes Yéménites, tandis que la minorité était des Arabes Nizarites du Hedjaz (2).

II. — On remarque que c'est une ville purement arabe par son emplacement et par ses habitants.

Si elle avait dû subir l'influence traditionnelle d'une

(1) Cf. AL-BOUKHARI, *Commentaire de Bazdawi*, Istambul, 1318 Hég., t. I, p. 16.

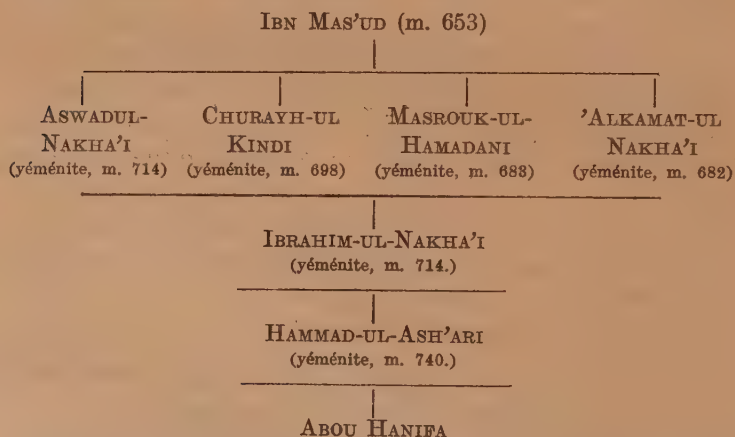
(2) Cf. AHMAD-AMYN, *Fajrul-Islâm*, éd. II, t. I, p. 212.

civilisation quelconque autre que celle de la civilisation arabe yéménite, c'eût été, en premier lieu, celle de la civilisation babylonienne.

C) *L'origine des jurisconsultes de Koufa*

I. — J'ai déjà eu l'occasion de souligner que l'Ecole rationnelle hanafite devait son origine à Ibn-Mas'ûd (m. 653), le plus savant des Compagnons du Prophète (v. p. 53, 79 : C). De même j'en ai expliqué la raison qui consista dans la préoccupation d'Ibn-Mas'ûd de se servir des appréciations libres basées sur l'Esprit de l'Islâm suivant l'ordre du Khalif Omar de ne citer que peu de la Sunnah.

II. — En dressant la liste des maîtres koufites prédécesseurs d'Abou Hanifa qui contribuèrent à la formation de l'Ecole hanafite et auxquels Abou Hanifa devait sa formation juridique, on y trouva des jurisconsultes qui furent à la fois disciples d'Ibn Mas'ûd et Arabes yéménites (1) :



Quant à Abou Hanifa, auquel l'Ecole hanafite doit son nom, il était le seul dont le grand-père fut persan. Mais

(1) Cf. AHMAD-AMYN, *Duhal-Islâm*, t. II, p. 180-183.

Abou Hanifa était né à Koufa (699), ville purement arabe et déjà régie par l'enseignement d'Ibn Mas'ûd, et fut élevé exclusivement sous la direction des disciples yéménites d'Ibn Mas'ûd dont le dernier fut Hammâd-ul-Ash'Ari, auquel il se rattacha durant 18 années (1). L'Ecole n'était en vérité que celle déjà connue avant Abou Hanifa par « Ecole iraquienne » (2), Koufa étant la capitale de l'Iraq. Mais c'est grâce à son talent admirable que cette Ecole prit sa forme définitive et fut reconnue par l'Ecole hanafite, à laquelle sont redevables, au dire du Docteur Al-Châfi'i, tous les amateurs de la science du Droit islâmique.

SECTION IV. — RÔLE DU DROIT ROMAIN DANS LE MILIEU DE L'APPARITION DU DROIT ISLAMIQUE

A) *Arguments des Arabisants sur l'influence en Droit romain en Orient.* — B) *Etude du premier argument.* — C) *Etude du deuxième argument.* — D) *Etude du troisième argument.*

A. — *Arguments des Arabisants sur l'influence du Droit romain en Orient*

I. — Les savants arabisants accordent au Droit romain une influence considérable dans l'Orient jusqu'au centre de l'Irak (la Babylonie). Il a laissé au moins, suivant leur dire, des traditions juridiques qui se sont infiltrées insensiblement dans le Droit islâmique.

II. — Passons en revue ces arguments ainsi conçus :

(1) Cf. AHMAD AMYN, *Duhal-Islâm*, t. II, p. 182.

(2) Cf. *Idem*, p. 161, 154.

I. — « C'était, dit D. Santillana (1), le système plus ou moins altéré, qui dominait en Orient dans le pays où les Arabes vinrent d'abord planter leur tente; et on peut déjà supposer *a priori*, sans trop d'in vraisemblance, qu'à l'égal des autres éléments de civilisation qui flottaient en Orient entre le VII^e et IX^e siècle, le Droit romain se soit infiltré dans la civilisation musulmane, et qu'il ait fini, insensiblement, par s'y incorporer ».

2° « En effet, dit M. H. Massé (2), cette jurisprudence ne naquit pas spontanément chez les Arabes : elle s'organise au II^e siècle après l'Hégire, en Syrie et en Irak, par suite de contacts avec les écoles chrétiennes de droit ».

3° « Dès qu'on pénètre au fond des choses, dit aussi Santillana (3), on est surpris de voir combien les idées des grands jurisconsultes de Médine, de Koufa, de Cordoue, offrent, avec les nôtres, d'étroites analogies. Ces analogies ne viennent pas seulement de l'identité essentielle de l'esprit humain, à laquelle il faut assurément faire une très large part dans les recherches de ce genre. Elles tiennent aussi à ce que les deux systèmes de droit, l'arabe et le nôtre, ont tous deux un principe commun : la bonne foi, et qu'ils procèdent en partie, du moins, d'une commune racine, le Droit romain... Cette assimilation, si vraisemblable en elle-même, paraît en effet s'être accomplie, du moins dans certaines parties du Droit. Comment s'est-elle réalisée? Quelle part faut-il faire dans le résultat définitif à l'influence des pays conquis, aux idées propres à l'Islâm, à d'autres éléments encore? Ce sont là sans doute des recherches pleines d'intérêt, mais dont la place n'est pas ici. Ce qui nous intéresse, ce sont les analogies qu'on peut relever entre les idées, et même souvent le langage des textes romains et ceux des jurisconsultes arabes ».

Goldziher, dans son ouvrage : *Le Dogme et la Loi de*

(1) SANTILLANA, *Code civil et commercial tunisien* (avant-projet), Tunis, 1899, p. XII.

(2) Henri MASSÉ, *L'Islâm*, Paris, 1930, p. 92.

(3) SANTILLANA, *idem*.

l'Islâm, lance aussi la même hypothèse, en disant : « Le droit islâmique porte des traces indéniables de l'influence du droit romain ». Mais comment? Aucun ne l'explique! M. H. Massé se contente de dire que « Goldziher a noté plusieurs équivalences de termes techniques arabes et latins ».

II. — Voilà tout ce qu'on a cité comme arguments pour affirmer l'influence du Droit romain sur le Droit islâmique. Ces arguments ne dépassent pas, dans l'ensemble, les trois points précédents : dont le premier est une pure conjecture considérant le droit romain parmi les autres éléments de civilisation orientale qui ont contribué à la formation des traditions juridiques en Orient; le deuxième est une autre conjecture prétendant qu'il y eût des contacts des Arabes, après la conquête de l'Iraq et de la Syrie, avec les écoles chrétiennes de droit; le troisième, le plus important, est une conjecture digne d'attirer l'attention, ayant compté sur plusieurs exemples d'analogie qu'on peut relever entre les idées des jurisconsultes des deux Droits et leurs termes techniques.

Nous allons étudier ces trois arguments à la lumière du principe, le plus scientifique et le plus logique, de mon éminent professeur M. P. Noailles, ainsi conçu (1) : « Pour être scientifique, une hypothèse de cette sorte doit remplir une condition négative, d'abord : elle ne doit pas contredire les faits connus; si elle est en contradiction avec un fait matériel, il est inutile d'aller plus loin, on peut la ranger dans le magasin des accessoires périmés. Contre le fait, en histoire, rien ne doit résister; les meilleurs raisonnements du monde ne valent rien s'ils sont contredits par les faits.

« Puis, pour être scientifique, pour être utile, il faut qu'elle éclaire d'une façon meilleure que les hypothèses précédentes le plus grand nombre de faits possibles, qu'elle les explique mieux, qu'elle permette de mieux en comprendre la signification ».

(1) *Cours de doctorat : Droit romain approfondi (Les XII Tables)*, Paris 1938, p. 90.

B. — *Etude du premier argument*

I. — Quant au premier argument, il n'est qu'une pure hypothèse en contradiction avec les faits historiques qui ont prouvé que « les Romains n'ont jamais imposé leur Droit aux peuples soumis à Rome, ou plutôt, ils ne l'ont pas voulu, le Droit romain étant en principe réservé aux citoyens romains ».

II. — Le « monde romain » se divisait en trois types de capacité :

a) « **Citoyens** », qui étaient membres de la ville de Rome;

b) « **Latins** », qui appartenaient à des cités latines de l'Italie autre que la cité de Rome;

c) « **Pérégrins** » (étrangers), voisins qui habitaient autour de Rome, de l'autre côté du Tibre.

Le Droit romain était réservé, en principe, aux « **citoyens** », tandis que les autres avaient leur Droit national propre à leurs cités (1). Les « **latins** » ne pouvaient devenir « citoyens » que par suite de naturalisation et enfin d'une mesure générale, par la loi Julia (90 avant J.-C.), qui a accordé le droit de cité romaine à tous les « latins » de l'Italie, faisant d'eux exception dans l'Empire; les « **pérégrins** » ne purent l'être qu'après les « latins » et avec réserve sous la famille phénicienne des Sévères par la constitution de l'Empereur Caracalla de l'année 212 après J.-C. (2).

III. — La constitution de Caracalla est signalée par un texte d'Ulpien, contemporain de Caracalla, dans les termes suivants : « Dans le monde romain, tous sont devenus citoyens romains par la constitution de l'Em-

(1) Cf. GIFFARD, *Précis de Droit Romain*, Paris, 1933, t. I, p. 164-165.

(2) Cf. REVILLOUT, *Les obligations en droit égyptien*, introd., p. LXXXII; GIFFARD, *idem*, p. 165-166, art. 303; MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1938, t. I, art. 179, p. 306-309.

pereur Caracalla » (1). Or, dit M. Giffard (2), en opposition avec ce texte juridique, il y a des textes historiques qui nous montrent qu'après Caracalla et encore au iv^e siècle, il y avait dans l'Empire des pérégrins déditices (3).

« La portée exacte de la réforme impériale, dit M. Monier (4), est discutée, et la découverte, au xx^e siècle, du texte grec de la constitution de Caracalla, n'a pas mis fin aux controverses, en raison des lacunes du papyrus qui le renferme. Les éditeurs et les commentaires du papyrus sont, en général, d'accord pour l'interpréter de la manière suivante : « Je donne à tous les étrangers (*pérégrins*) dans l'Empire, le droit de cité des Romains, conservant... à l'exception des *déditices* ».

IV. — En tout cas, les romanistes sont unanimes aujourd'hui pour affirmer que tous les sujets de Rome, bien qu'ils soient devenus romains, ne sont jamais devenus les sujets de son Droit. « Avait-on, dit M. Révillout (5) dès lors tellement bonifié le droit romain qu'il fût accepté sans répugnance par tous les sujets de l'Empire? Ici encore, des découvertes toutes récentes, des documents originaux, des actes retrouvés en Egypte et datés de ces époques, viennent changer les idées reçues, en montrant combien la pénétration du droit romain se faisait mal chez les peuples qui possédaient d'autres traditions juridiques. D'ailleurs, les édits de Constantin, où l'on sent l'écho de protestations très passionnées et très violentes, ces édits qui sont rédigés comme le seraient les proclamations d'un tribun révolutionnaire et

(1) Cf. GIFFARD, t. I, p. 166, art. 303.

(2) *Idem.*

(3) Les pérégrins déditices, par opposition aux pérégrins ordinaires, sont les habitants de l'Empire qui n'appartiennent pas à une cité alliée ou fédérée avec Rome, et qui, ayant lutté jusqu'à l'épuisement de leurs forces, se rendirent à merci, et après leur *deditia* (reddition) ne reçurent pas de statut local; telle fut la situation des indigènes de l'Egypte (MONIER, t. I, p. 309, art. 180; GIFFARD, t. I, p. 165, art. 302).

(4) MONIER, t. I, art. 179, p. 307.

(5) REVILLOUT, *Les obligations en droit égyptien*, p. XIV et XV.

qui, sans respect pour les traditions romaines, portent la hache sur tout ce qui reste d'antique dans les institutions et dans les lois romaines, ces réformes si radicales nous montrent une opposition qui n'avait pas encore désarmé.

« Après l'édit de Caracalla imposant la romanité à tous les sujets de l'Empire, dit Révillout (1), des réclamations générales s'étaient élevées au sujet de lois, d'institutions et de traditions juridiques que les peuples ne voulaient pas perdre : il avait bien fallu qu'enfin Alexandre Sévère fit une constitution ordonnant aux magistrats romains d'étudier, de sauvegarder et d'appliquer dans les procès les vieilles coutumes locales qui auraient raison ».

De même, à propos de la constitution de Caracalla, M. Monier s'exprime ainsi (2) : « Mais les habitants des provinces n'ont pas immédiatement, ni entièrement abandonné leurs anciennes coutumes, et bon nombre de règles du droit grec (3) ont survécu en Orient. Justinien subit encore leur influence, lors de la rédaction de ses compilations et, en dehors de Dioclétien, les Empereurs ne paraissent pas avoir systématiquement condamné les usages locaux pour y substituer les règles du Droit romain. M. Volterra s'exprime aussi de même (4).

V. — Cependant, signalons pour terminer que rien ne prouve que le droit romain a régi toute la Syrie, centre de rencontre entre les Arabes et les Romains avant et après l'Islâm. Les villes syriennes qui reçurent le droit de cité romaine ne dépassèrent pas les principales villes

(1) REVILLOUT, *idem*, p. XX.

(2) MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, art. 179, p. 309.

(3) C'est-à-dire du droit grec oriental et non du droit grec originaire avec lequel Cicéron, au 1^{er} siècle avant J.-C., compare les lois des XII Tables et les préfère. — V. NOAILLES, *Les XII Tables, Cours de droit*, p. 7.

(4) Cf. E. VOLTERRA, *Diritto Romano E Diritti Orientali*, Bologna, 1937, p. 276.

maritimes, telles que Beyrouth, Tyr (1) et peut-être Césarée.

Tandis qu'à l'intérieur de la Syrie, c'était le royaume arabe Ghassanide (yéménite) qui dominait. A l'est de ce royaume jusqu'à la Mésopotamie (Chaldée), c'était un autre royaume arabe, celui des Lakhmides (yéménite) et c'était à l'est de celui-ci, sur les rivières occidentales de l'Euphrate et sur les confins de la Chaldée, que la ville arabe de Koufa était construite et habitée par de purs Arabes yéménites, surtout parmi lesquels se développa le droit islâmique. Il serait alors paradoxal et contraire aux faits historiques de croire à une influence romaine dans ce pays lointain.

C. — *Etude du deuxième argument*

I. — Quant au deuxième argument suivant lequel les Arabes auraient subi, après la conquête de l'Irak et la Syrie l'influence du Droit romain, « par suite des contacts avec les écoles chrétiennes de droit », malheureusement la base manque et il y a contradiction formelle avec les faits historiques.

II. — La conquête de l'Irak et de la Syrie par les Arabes s'est faite au début du VII^e siècle, vers l'an 635. Or, depuis plus d'un siècle avant cette conquête, il n'existait dans tout le monde romain que trois écoles officielles. « Justinien (constitution *Omnem*, § 7) ne laissait subsister, dit M. Collinet (2), que trois écoles officielles : deux dans les villes royales de Constantinople et de Rome, la troisième à Beyrouth. Il supprimait les écoles d'Alexandrie, de Césarée et autres ; auparavant il avait supprimé celle d'Athènes ». Mais l'école de Beyrouth a disparu au même temps (16 juillet 551), à la

(1) Cf. COLLINET, *Ecole de Beyrouth*, p. 16, 18, 19.

(2) COLLINET, *Ecole de Beyrouth*, p. 52.

suite de la destruction de Beyrouth par des tremblements de terre qui ruinèrent la cité » (1). « Beyrouth, ajoute M. Collinet (2), était encore en ruines en l'an 600; elle tomba facilement aux mains des Musulmans en 635, sans que l'Ecole de Droit eut repris naissance ».

Et c'est ainsi que, devant les faits historiques, tombe cette deuxième conjecture.

III. — Cependant, il est utile de rappeler que la Syrie était régie presque sous les deux premiers siècles de l'Islâm par une doctrine aussi traditionnelle que celle du Hedjaz (Arabie); par conséquent, le « Droit islamique n'a pas trouvé le terrain favorable à son développement dans ce pays et il est resté comme il était au temps du Prophète dans l'Arabie. Il est inutile alors de chercher chez les jurisconsultes traditionnalistes d'éléments étrangers » (voir p. 132 : II).

De plus, nous ne possédons aucune trace de l'Ecole des jurisconsultes traditionnalistes de la Syrie, parce qu'elle n'a pas pu résister devant l'Ecole hanafite dont la jurisprudence a été élaborée et fixée dans la ville de « Koufa », purement arabe, en Irak. C'est ainsi que l'Ecole des traditionnalistes syriens est tombée en désuétude sans nous laisser aucun souvenir de sa jurisprudence qui permettrait aux arabisants de juger l'influence romaine. Par conséquent, cette hypothèse restera une pure conjecture dénuée de tout fondement historique.

D. — *Etude du troisième argument*

I. — Quant au troisième argument, suivant lequel l'influence romaine devrait être affirmée par suite des exemples d'analogie que l'on peut relever entre les idées des jurisconsultes des deux Droits et leurs termes techniques, ce serait un point matériel digne d'attirer l'at-

(1) *Idem*, p. 52, 55.

(2) *Idem*, p. 58.

tention, mais il ne faut en juger qu'à la lumière des faits historiques respectifs.

II. — Les faits historiques ont assuré l'existence d'un élément oriental considérable dans le Droit romain évolué, surtout sous Justinien. « En vérité, dit Collinet (1), on doit voir dans les innovations de la codification (de Justinien) l'enregistrement non seulement du Droit romain de l'Orient, mais, d'une façon plus large, l'enregistrement du droit de l'Orient, tout entier ». En concluant, P. Collinet déclare (2) : « Nous rendons, une fois de plus, hommage aux Byzantins — précurseurs du droit du Moyen-Age et des droits modernes — pour s'être laissés guider dans le progrès par l'Etoile de l'Orient ».

III. — Mais au point de vue des termes techniques, le nouveau droit romain n'a pas refusé tout ce qui était d'origine romaine; il en a gardé une bonne partie qui sont les particularités du droit romain et qui sont les signes indéniables de son influence sur le droit d'un pays chaque fois qu'on les rencontre dans ce droit. Le droit romain a gardé une bonne partie de ces termes, mais souvent avec un peu de changement dans le sens primitif, suivant une évolution accomplie, à moins que ces termes ne soient inconciliables avec les principes de la réforme juridique.

a) Prenons un exemple parmi les termes rejetés, la division de « l'instance » en deux phases. Toute affaire civile est d'abord portée « *in jure* », au tribunal du magistrat qui organise l'instance, puis « *apud judicium* », devant un particulier, juge ou arbitre, choisi par les plaideurs et investi par le magistrat pour juger le procès (3). Telle était l'organisation judiciaire à Rome, jusqu'à la fin de l'époque classique (fin du III^e siècle après J.-C.). Au Bas-Empire, la justice étant rendue comme aujourd'hui du début à la fin de l'instance par

(1) P. COLLINET, *Le caractère oriental de l'œuvre législative de Justinien*, Paris, 1912, t. I, p. 28.

(2) *Idem*, p. 320.

(3) GIFFARD, t. I, p. 79, art. 127; p. 82, art. 139.

un fonctionnaire de l'Etat, cette distinction du « *jus* » et du « *judicium* » a disparu du langage judiciaire même avec ses termes techniques, car ils sont inconciliables avec la réforme nouvelle.

b) D'autre part, il y a des termes techniques originaires que le nouveau Droit romain a gardés et n'a pas atteints, tels sont, par exemple, la division du droit en « *jus personarum* », droits de famille, « *jus rerum* », droits du patrimoine, et « *jus actionem* », la procédure (1).

c) Enfin, il y a des termes techniques propres au Droit romain depuis l'origine, qui sont toujours restés en pratique, mais qui ont subi un changement de sens suivant l'évolution accomplie en droit; tel est, par exemple, le terme « *obligatio* », obligation. D'après Ed. Cuq, dit le professeur Giffard (2) : « le mot « *obligatio* » vient de « *ligare* », qui veut dire : lier. Le mot a eu d'abord un sens physique : les « *obligati* » sont des hommes enchaînés physiquement : « *legati-Ob* » : pour leur dette. D'après Ernout, le mot « *obligatio* » signifiait « vœu fait à la divinité »; par conséquent, un lien religieux (3). Mais, à un moment donné, « *l'obligatio* » a pris le sens d'un lien de droit entre deux personnes qui permet au créancier de contraindre le débiteur à exécuter sa prestation, ce qui veut dire les contrats et les quasi-contrats.

IV. — Au delà des termes techniques propres au Droit romain depuis l'origine gardés ou rejetés, on distinguera d'autres nouveaux termes, soit créés spontanément suivant les besoins, soit empruntés à l'étranger.

V. — Si l'on étudie les exemples d'analogie que les Arabisants ont pu relever entre les termes techniques des deux Droits musulman et romain, sans discuter la nature de l'analogie en elle-même, on ne trouvera aucune analogie se rapportant aux termes techniques propres au Droit romain originaire, même si ces termes antiques

(1) Voir pour l'ancienneté de ces termes : *Cours de Pandectes*, par GIFFARD (*Cours de doctorat*), 1938-1939, page 33.

(2) GIFFARD, *Cours de Pandectes (Doctorat)*, Paris, 1938-39, p. 8.

(3) *Idem*.

sont encore en pratique dans le nouveau droit romain ; mais cette analogie relevée se rapporte uniquement aux **nouveaux termes**, qui se trouvent dans le nouveau droit romain. C'est un fait matériel digne d'attirer l'attention et d'en chercher la raison.

L'hypothèse présente, attribuant au droit romain une influence sur le droit islâmique malgré sa contradiction avec les faits historiques, est incapable d'expliquer pourquoi cette analogie existe seulement avec les **nouveaux termes** et non avec les **termes originaires** du droit romain.

Mais une fois cette hypothèse mise à part, l'explication serait simple et possible, parce que le nouveau droit romain a acquis un élément oriental considérable, emprunté aux traditions juridiques de l'Orient, qui forme l'essentiel du droit islâmique. C'est pourquoi l'analogie, entre les deux droits existe seulement avec les **nouveaux termes** et non avec les **termes originaires** du droit romain.

Cependant, il faut assurément faire, comme l'a dit M. Santillana, « une très large part, dans les recherches de ce genre, à l'identité essentielle de l'esprit humain ».

VI. — Si l'on pénètre au fond des choses pour discuter l'analogie relevée entre une partie des termes techniques des deux droits, on ne trouverait qu'une sorte de rapprochement au point de vue du sens littéral des mots, et non au point de vue du sens propre et technique. Il m'est impossible de passer en revue tous ces termes pour montrer les erreurs ; mais je me borne, pour terminer, à faire une brève comparaison entre deux mots techniques qui constituent l'exemple le plus topique de ce genre d'analogie.

Il s'agit de la notion de l'« **unanimité** » (*l'Ijmâ'*) des jurisconsultes dans le droit islâmique, et de la notion du « **consensus** » dans le nouveau droit romain (1). Pour dénoncer les erreurs sur l'analogie imaginée entre ces deux termes techniques, il faut reproduire les données

(1) Cf. Henri MASSÉ, *L'Islâm*, Paris, 1930, p. 92-95.

générales relatives à ces termes dans les Droits islâmique et romain.

VII. — Pour le Droit romain, le professeur Giffard s'explique ainsi (1) : « Mais qui dit « nombreux jurisconsultes » dit « nombreuses controverses » ; en présence de ces controverses, la pratique hésitait. C'est dans cette situation que sont intervenues des réformes impériales destinées à préciser l'autorité juridique des jurisconsultes. Dans l'histoire de ces réformes, on distingue une première époque, qui va d'Auguste à un rescrit d'Hadrien (27 avant J.-C.-117 après J.-C.), une deuxième époque qui va d'Hadrien à Constantin (117-306).

Avant Auguste, les consultations données par les jurisconsultes romains étaient données sans l'autorisation de l'Etat et sans son contrôle (2). Sous Auguste ou Tibère (fils adoptif d'Auguste), un privilège, le « *jus publice respondendi* », droit de donner une consultation au nom du public, fut accordé à certains jurisconsultes dans l'idée de mettre un frein aux controverses des jurisconsultes (3). « En tout cas, ce privilège ainsi donné à certains jurisconsultes troubla très tôt les Empereurs qui y voyaient comme une limitation de leurs propres pouvoirs... C'est là une indication qui va nous faire comprendre les réformes d'Hadrien » (4).

« Hadrien a réorganisé le conseil des Empereurs et il y a appelé les jurisconsultes les plus célèbres. Muni de l'avis de ces jurisconsultes, il donne lui-même aux particuliers les consultations par voie de rescrits... Après Hadrien, les jurisconsultes privilégiés sont, en règle, les membres du conseil de l'Empereur, lesquels donnent leurs consultations sous son autorité. Mais leurs ouvrages peuvent être invoqués devant les tribunaux et ont l'autorité de la loi, quand ils sont d'accord... c'est ce qui signifie, dit Gaius, le rescrit du divin Hadrien » (5).

(1) GIFFARD, *idem*, t. I, p. 53, art. 93.

(2) Cf. GIFFARD, *idem*, art. 94

(3) *Idem*, p. 54, art. 94; p. 54, note 2.

(4) *Idem*, p. 54, p. 94.

(5) *Idem*, p. 54-55, art. 95.

Voilà pour la première fois comment est apparue la notion du « *consensus* » romain et son idée, qui consiste à mettre un frein aux controverses des jurisconsultes et à réserver le pouvoir à l'Empereur.

Plus tard, Constantin s'est réservé expressément le droit d'interpréter les lois ; mais l'autorité juridique des œuvres des jurisconsultes classiques, comme le dit le Code Théodosien, n'a pas disparu (1).

Plus tard encore viennent Théodose II et Valentinien III. Désireux de faciliter la besogne des praticiens et de mettre fin aux dissensions des prudents, ils ont rendu la constitution célèbre de 426, appelée dans l'usage : « Loi des citations » (2). Cette loi règle le choix du juge en cas de désaccord entre jurisconsultes et restreint le nombre des jurisconsultes. D'abord, elle répartit les jurisconsultes en deux groupes (3) :

1° Le premier est composé de Gaius, Papinien, Paul, Ulpien et Modestin. Ces cinq jurisconsultes, dit le texte, ont une autorité complète et on pourra toujours invoquer leur opinion devant le juge.

2° Le second est constitué par les jurisconsultes dont les auteurs du premier groupe ont utilisé les œuvres, par exemple Sabinus, Scaevola, Julien, Marcellus. Mais pour ceux-là, il faut produire un manuscrit de leur œuvre. Pratiquement, la rareté des manuscrits rendait l'utilisation de ces jurisconsultes difficile et ils n'étaient en fait invoqués que s'ils étaient transcrits dans les ouvrages des cinq jurisconsultes du premier groupe.

Mais comment le juge va-t-il se décider si les textes des prudents ne sont pas d'accord ? Voici ce que dit Théodose : « Quand les jurisconsultes ne sont pas d'accord, le juge devra suivre l'avis de la majorité, et si deux opinions sont soutenues par un nombre égal de jurisconsultes, il faudra regarder de quel côté est Papinien, et c'est du côté de Papinien qu'il faudra déci-

(1) GIFFARD, *idem*, p. 63.

(2) *Idem*, p. 63, art. 109.

(3) *Idem*, p. 64, art. 109.

der » (1). Par conséquent, dit le professeur Giffard : « la sentence était rendue par des procédés mécaniques ; on compte les avis, on ne les pèse pas. Il n'y a pas de meilleure preuve de la décadence de la science juridique » (2). Et c'est ainsi que les jurisconsultes ont complètement perdu dorénavant le droit d'interprétation (3). Sous Justinien, ils ont même perdu le droit de commenter les lois. « Justinien (Constitution *Tanta*, § 12), dit Giffard (4), avait interdit de faire des commentaires de son œuvre qu'il jugeait suffisante. Il n'autorisait que les traductions littérales grecques, des sommaires des lois et des titres ».

VIII. — Reportons-nous maintenant à la notion de l' « **unanimité** » (*Ijmâ'*) en Droit islâmique (v. p. 39).

Ce principe, qui constitue la troisième source du Droit islâmique, a ses fondements dans la proclamation du Prophète ainsi conçue : « Ma communauté ne tombera jamais d'accord sur une erreur... Dieu regarde comme étant le bien ce que les Musulmans ont jugé comme étant le bien » (5). Le but en est évident. Le Prophète entend respecter la volonté de la communauté dans toutes ses affaires, « qu'elles soient juridiques ou non », et donne toute autorité à leur accord. Par là même se constitue le premier point essentiel de divergence entre la notion de « l'**unanimité** » dans l'Islâm et celle du « **consensus** » dans le Droit romain, celui-ci ayant pour but de réserver le pouvoir au souverain et d'enlever toute autorité aux autres.

Quant au point de vue juridique, le Droit islâmique n'a jamais voulu réserver ce privilège à un jurisconsulte nommé ou à un groupe déterminé ; il l'a proclamé comme droit légal à chaque jurisconsulte et à chaque spécialiste

(1) GIFFARD, t. I, p. 64, art. 109.

(2) *Idem*.

(3) *Idem*, p. 66, art. 113.

(4) *Idem*, p. 75, art. 125 bis.

(5) AL BOUKHARI, *Commentaire de Bazdawi*, Istamboul, 1308 Hégire, t. III, p. 258.

et à toutes les époques. C'est là le deuxième point de divergence.

Quand les jurisconsultes ne sont pas d'accord, on ne compte jamais le nombre des avis pour suivre l'opinion de la majorité, mais on les pèse. Et c'est là le troisième point de divergence dans la question.

Pour l'obtention de l'unanimité sur une question juridique quelconque, quatre voies ont été précisées :

- 1° L'opinion unanime;
- 2° L'usage unanime;
- 3° L'opinion d'une partie des jurisconsultes accompagnée par le silence des autres ayant pris connaissance de cette opinion;
- 4° L'usage d'une partie des jurisconsultes sans être désapprouvé par les autres ayant pris connaissance de cet usage.

Et ce sont là encore des notions propres au Droit islâmique.

Par conséquent, il n'y a plus d'analogie à relever entre les deux termes techniques : « l'unanimité » islâmique et le « **consensus** » romain. Il y a seulement le rapprochement dans le sens littéral de deux termes et non plus dans le sens propre et technique; ce rapprochement dans le sens littéral ne permettra jamais de s'imaginer l'existence d'une analogie technique.

Voilà l'exemple le plus topique qui démontre l'incapacité de cet argument dans lequel les savants arabisants voyaient une preuve de l'influence du Droit romain sur le Droit islâmique.

CONCLUSION GENERALE

L'objet de cette Thèse est de donner un aperçu historique et scientifique sur le Droit islâmique, de mettre particulièrement en lumière l'esprit jurisprudentiel des docteurs de l'Islâm et de présenter une idée générale de leurs principes et de leurs règles scientifiques.

Cette Thèse ainsi conçue gardera toujours le caractère d'une étude dogmatique et théorique que j'ai jugée nécessaire pour présenter, tels qu'ils sont, les principes du Droit islâmique et de l'esprit jurisprudentiel de ses Docteurs que les milieux européens méconnaissent. Une étude détaillée sur le Droit islâmique lui-même, bien qu'elle serait utile pour corriger quelques erreurs répandues dans des manuels universitaires et attribuées à tort au Droit islâmique, ne peut pas remplir la même fonction.

Ce qui m'intéresse, c'est de mettre en relief les notions d'égalité et d'équité, les principes de bonne foi et d'utilité publique qui sont aujourd'hui à la base des droits modernes et qui dominent le Droit islamique ainsi que l'esprit de ses Docteurs.

Maintenant que cette étude est achevée, je m'adresse à Messieurs les Professeurs de l'Université de Paris, auxquels je consacre ce travail, dans l'espoir qu'ils y trouveront une source et un guide documentés sur l'historique du Droit islâmique et ses caractéristiques.

Et c'est à mon éminent professeur, M. P. Noailles, que je présente toute ma reconnaissance pour les bons conseils qu'il a bien voulu me prodiguer au cours de la rédaction. De même j'espère que mon éminent professeur, M. A.-E. Giffard, y trouvera l'expression de mes hommages respectueux.

J'adresse aussi mes remerciements les plus chaleureux à M. Louis Massignon, Professeur au Collège de France et à l'Ecole des Hautes Etudes, pour m'avoir permis de consulter quelques livres de sa bibliothèque.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

*Le Doyen de la Faculté des Sciences,
chargé des fonctions de
Recteur de l'Académie de Paris :*

MAURAIN.

Vu, le Doyen : Vu :

C. RIPERT. PIERRE NOAILLES.

BIBLIOGRAPHIE

A) DOCUMENTS ARABES

1. — *Le Coran*.
2. — AL-MUNZIRI : *Al-Targhîb wal Tarhîb* (Traditions du Prophète), éd. Sabih, Le Caire (non daté).
3. — AL-BOUKHÂRI : *Sahîh-ul-Boukhârî* (Traditions du Prophète).
4. — AL-CHATIBY : *Al-Muwâfakât-fi-Ouçoul-il-Char'i'a* (Les principes du droit islâmique), éd. Rahmanié, Le Caire (non daté).
5. — AL-BOUKHARI : *Kashful-Asrâr, Commentaire de Bazdawi*, Istamboul, 1308 Hégire.
6. — AL-GHAZALALI : *Al-Mustasfa*, Le Caire, 1322 Hégire.
7. — IBN-ABDUL-CHAKUR : *Commentaire de Muçallam-il-Subût*, Le Caire, 1322 Hégire.
8. — IBN-HAZM : *Al-Ihkâm-fi-Ouçoul-il-Ahkâm*, Le Caire, 1354 Hégire.
9. — IBNUL-JAWZÎÉ : *A'lâm-ul-Muwakki'in*, éd. Nil, Le Caire (non daté).
10. — ABOU-YOUSSEF : *Al-Kharâj*, Le Caire, 1352 Hégire.
11. — AL-KHOUDARI : *Târikhul-Tashrî'il-Islâmi* (L'histoire de la législation islâmique), Le Caire, 1920.
12. — AL-KHOUDARI : *Târikhul-Umam-il-Islâmiyé « Al-Dawlatul-'Abbassiyé »* (L'histoire des nations musulmanes « Les Abbassides »), Le Caire, 1930.
13. — ABDUL-WAHHAB-KHALLAF : *Al-Siyassatul-Char'iyé* (L'Administration loyale), Le Caire, 1350 Hégire.
14. — IBN-'ABDYN : *Raddul-Muhtâr*, Le Caire, 1272 Hégire.
15. — AL-MAJALLAH : *Droit civil musulman*, Damas, 1923.
16. — AHMAD-AMYN : *Fajrul-Islâm*, 2^e édition, Imprimerie l'timâd (non daté).

17. — AHMAD-AMYN : *Duhal Islâm*, Le Caire, t. I, 1933; t. II, 1935; t. III, 1936.
18. — IBN-SALLAM : *Al-Amwâl (Les finances)*, Le Caire, édition Hijâzi.
19. — IBNUL-JAWZI : *Histoire d'Omar Ibnul-Khattâb*.
20. — *Lissanul-Arab*.
21. — HAYKAL : *La vie de Mahomet*, Le Caire, 1354 Hégir.
22. — Docteur HAÇAN IBRAHIM : *Tarikhul-Islâmil-Siâssi (L'histoire politique de l'Islâm)*, Le Caire, 1935, t. I.
23. — IBN-RUSHD (AVERRHOËS) : *Bidâyatul-Mujtahid*, Le Caire, 1935.
24. — AL-CHAFI'I : *Al-Riçalah*, Le Caire, 1312 Hégir.
25. — AL-BALAZIRY : *Futouhul-Bouldân*, Le Caire, 1901.
26. — RAFIK BEY AL-AZME : *Ash-har-Mashâhîril-Islâm*, Le Caire.
27. — CHAKIRUL-HANBALY : *Al-Houkukul-Idâriyé (Le Droit administratif)*, Damas.
28. — FARËS-UL-KHOURY : *Ilmul-Maliyé (Science des Finances)*, Damas, 1924.
29. — IBN-KHALDOUN : *Al-Mukaddimah*, Impremirie Mustafa Muhammad (non daté).

B) DOCUMENTS FRANÇAIS

1. — D. SANTILLANA : *Code civil et commercial tunisien (Avant-propos)*, Tunis, 1899.
2. — D^r Gustave LE BON : *La civilisation des Arabes*, Paris, 1884.
3. — H. CAPITANT : *Vocabulaire juridique*.
4. — TOLLIURE et BOULET : *Dictionnaire des termes de droit et de pratique*.
5. — *La Grande Encyclopédie des Sciences, des Lettres et des Arts*.
6. — Emile DERMENGHEM : *La vie de Mahomet*, Paris, 1929.
7. — Edouard MONTET : *Le Coran*, Paris, 1929.
8. — Henri MASSÉ : *L'Islâm*, Paris, 1930.
9. — Maurice HAURIOU : *Précis élémentaire du droit constitutionnel*, Paris, 1933.
10. — Louis LE FUR : *Précis de droit international public*, Paris, 1939.
11. — ARMANAZI NAJIB : *L'Islâm et le droit international (Thèse de doctorat en droit)*, Paris, 1929.

12. — GOLDZIEHER : *Le dogme et la loi de l'Islâm*, Paris, 1920.
13. — *Encyclopédie des Sciences religieuses*, Paris, 1877.
14. — Pierre NOAILLES : *Cours de doctorat : Droit romain approfondi (Les XII Tables)*, Paris, 1938.
15. — Edouard CUQ : *Etudes sur le droit babylonien, Les lois assyriennes et les lois hittites*, Paris, 1929.
16. — Eugène RÉVILLIOUT : *Les obligations en droit égyptien suivies d'un appendice sur le droit de la Chaldée*, Paris, 1886.
17. — A.-E. GIFFARD, *Précis de droit romain*, 1933, Paris.
18. — A.-E. GIFFARD, *Cours de Pandectes (Cours de doctorat)*, 1938-1939, Paris.
19. — Raymond MONIER : *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1938.
20. — Paul COLLINET : *École de Beyrouth*.
21. — Paul COLLINET : *Le caractère oriental de l'œuvre législative de Justinien*, Paris, 1912.

C) DOCUMENTS ITALIENS

1. — EDOARDO VOLTERRA : *Diritto Romano e Diritti Orientali*, Bologna, 1937.



TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	5
§ 1 ^{er} . — CHOIX DU SUJET	5
§ 2. — LE SENS DE LA JURISPRUDENCE DANS LA PRÉSENTE THÈSE, 6; — A) <i>Diversité du sens de la jurisprudence</i> , 6; — B) <i>Le sens approximatif par rapport à cette Thèse</i> , 7; — C) <i>Le sens précis</i> , 7; — D) <i>La caractéristique de l'Ijtihâd</i>	8
§ 3. — LE PLAN	8
CHAPITRE PREMIER. — L'ESPRIT DE L'ISLAM.....	10
§ 1 ^{er} . — IMPORTANCE DE CE CHAPITRE	10
§ 2. — EPOQUE DE L'APPARITION DE L'ISLAM, 11; — A) <i>Dans l'Arabie</i> , 11; — B) <i>Aux alentours de l'Arabie</i>	16
§ 3. — LE SENS DU MOT « ISLAM », 17; — A) <i>Le sens littéral</i> , 17; — B) <i>Le sens propre</i>	18
§ 4. — L'ISLAM DANS SES TRAITS ESSENTIELS	19
§ 5. — LE DOMAINE DE L'ISLAM	20
SECTION I. — <i>Domaine de la religion et celui de l'Islâm en général</i>	20
SECTION II. — <i>L'Islâm dans le domaine des rapports entre l'homme et la puissance surhumaine</i>	22
SECTION III. — <i>L'Islâm dans le domaine des rapports des hommes entre eux</i> , 23; — A) <i>En Droit privé (Droit de famille, Contrats et Obligations, Droit criminel)</i> , 23; — B) <i>En Droit public (Droit constitutionnel, administratif, international)</i>	27
§ 6. — LES BUTS DU DROIT DANS L'ISLAM	35
§ 7. — LES SOURCES DU DROIT DANS L'ISLAM	36
SECTION I. — <i>Le Coran</i> , 36; — A) <i>La définition du Coran</i> , 36; — B) <i>Son contenu</i> , 36; — C) <i>Sa manière de s'exprimer</i> , 37; — D) <i>Les caractéristiques de ses dispositions</i> , 37; — E) <i>Les sources du Droit reconnues par le Coran</i>	38
SECTION II. — <i>La Sunnah</i>	38

SECTION III. — <i>L'Ijmâ'</i>	39
SECTION IV. — <i>L'Ijtihâd</i> , 40; — A) Définition, 40; — B) Importance de l'Ijtihâd, 41; — C) Le fon- dement de l'Ijtihâd	41
CHAPITRE II. — JURISPRUDENCE DE LA PREMIERE PERIODE (Celle des Compagnons du Prophète) (610- 700)	42
§ 1 ^{er} . — LES CONDITIONS ÉCONOMIQUES DE L'ARABIE AVANT L'ISLAM	42
§ 2. — LA JURISPRUDENCE PENDANT LA VIE DU PROPHÈTE (610-632), 47; — A) <i>La portée du Coran et de la Sun- nah</i> , 47; — B) <i>Les éléments de la Sunnah</i> , 48; — C) <i>Quelques exemples sur les éléments de la Sunnah</i> , 48; — D) <i>La Sunnah et la jurisprudence</i> , 50; — E) <i>Le domaine de la jurisprudence à cette époque</i>	51
§ 3. — LA JURISPRUDENCE APRÈS SA MORT (632-700), 52; — A) <i>L'action de la jurisprudence à cette époque</i> , 52; — B) <i>Son domaine</i> , 53; — C) <i>Les jurisconsultes de cette époque</i> , 53; — D) <i>Leur système et la lettre typique du Khalif Omar</i> , 54; — E) <i>Les trois voies de la Jurispru- dence et leurs exemples</i> , 57; — F) <i>Les caractéristiques de leur jurisprudence</i> , 61; — G) <i>L'autorité de la juris- prudence des Compagnons</i>	62
CHAPITRE III. — JURISPRUDENCE DE LA DEUXIEME PERIODE (Celle des Docteurs de l'Islâm : Al-Mujta- hidîne) (700-1000)	64
§ 1 ^{er} . — LA CIVILISATION ARABE EN PLEIN PROGRÈS, 64; — A) <i>Dépendance de l'esprit jurisprudentiel avec les con- ditions de la nation</i> , 64; — B) <i>Attitude de l'Islâm auprès de l'enseignement public</i> , 65; — C) <i>Résultat de cette attitude</i> , 66; — D) <i>Aperçu général</i> , 67; — E) <i>Les deux époques de la civilisation</i> , 68; — F) <i>La civilisation du Khalifat de Bagdâd</i> , 68; — G) <i>La ci- vilisation du Khalifat de Cordoue</i> , 72; — H) <i>La mé- thode scientifique des Arabes</i>	73
§ 2. — LE MOUVEMENT SCIENTIFIQUE JURISPRUDENTIEL ET LES ÉCOLES PRINCIPALES, 76; — A) <i>L'évolution de la ju- risprudence après les Compagnons</i> , 76; — B) <i>Les deux tendances extrémistes : traditionnelle et rationnelle</i> , 78; — C) <i>L'Ecole Hanafite</i> , 79; — D) <i>L'Ecole Mâli- kite</i> , 83; — E) <i>L'Ecole Chaf'ite</i> , 86; — F) <i>Appen- dice</i> , 91; — G) <i>Le destin de ces Ecoles</i>	91
§ 3. — LA LITTÉRATURE JURIDIQUE DES ÉCOLES, 94; — A) <i>L'immensité de la littérature et ses facteurs</i> , 94; — B) <i>Les variétés de la littérature</i>	95
§ 4. — LA SCIENCE DES SOURCES DU DROIT ISLAMIQUE....	100
SECTION I. — <i>Généralités</i> , 100; — A) <i>Définition de cette Science</i> , 100; — B) <i>Son contenu</i> , 100; — C) <i>Définition du Droit; ses groupes</i> , 102; — D) <i>Conditions des lois légales</i> , 103; — E) <i>Les as-</i>	

sujettis à la loi, 104; — F) Conditions de la capacité des assujettis	104
SECTION II. — <i>Interprétation de la loi</i> , 106; — A) L'interprétation et ses règles dans le Droit français, 106; — B) L'interprétation chez les Docteurs de l'Islâm, 107; — C) Les règles de l'interprétation	108
SECTION III. — <i>Complément de la loi par voie de « Raisonnement inductif »</i> , 112; — A) Caractéristiques radicales de « l'Interprétation » et du « Raisonnement inductif », 112; — B) Eléments du « Raisonnement », 113; — C) Les trois catégories de motifs, 114; — D) Les motifs déductifs, 114; — E) Les appréciations libres, 116; — F) Conclusion	119
§ 5. — LA DOCTRINE APRÈS LA SCIENCE DES SOURCES DU DROIT ISLAMIQUE, 121; — A) <i>L'apogée</i> , 121; — B) <i>Le déclin</i>	122
§ 6. — LES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DU MOUVEMENT JURISPRUDENTIEL	124
INTRODUCTION. — <i>Les éléments créateurs du Droit.</i> ..	124
SECTION I. — <i>Les sources</i> , 125; — A) Les quatre sources du Droit islâmique, 125; — B) L'autorité des Droits des autres Nations dans l'Islâm	125
SECTION II. — <i>Le milieu</i> , 126; — A) Milieu de l'apparition du Droit islâmique, 126; — B) Attitude de l'Islâm vis-à-vis de l'usage et du Droit coutumier de l'Arabie	131
SECTION III. — <i>Les Jurisconsultes</i> , 132; — A) Les deux catégories de jurisconsultes musulmans, 132; — B) Données générales sur la ville de Koufa, 133; — C) L'origine des jurisconsultes de Koufa.	134
SECTION IV. — <i>Le rôle du Droit romain dans le milieu de l'apparition du Droit islâmique</i> , 135; — A) Arguments des Arabisants sur l'influence du Droit romain en Orient, 135; — B) Etude du premier argument, 138; — C) Etude du deuxième argument, 141; — D) Etude du troisième argument	142
CONCLUSION GENERALE	151
BIBLIOGRAPHIE	153
TABLE DES MATIERES	157

